# التّحكيم في الصّناعة الماليّة للمؤسّسات الاستثمارية الإسلامية
## " بين الفقه الإسلامي والقانون النموذجي (اليونسترال) "


إعداد

ســـونا عمـر علـي عـبَـادي

المشرف

الدكتـــور عبـــاس أحمـد البـــاز


قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبـــات الحصول على درجة الدكتوراة في القضـــاء الشرعي


كلية الدراسات العليا

الجامعـــة الأردنيـــة


كانون الأول / 2011مــ

# قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الدراسة التّحكيم في الصّناعة الماليّة للمؤسّسات الاستثمارية الإسلامية" بين الفقه الإسلامي والقانون النموذجي (اليونسترال) "" وأجيزت بتاريخ 28 / 12 / 2011م.

| أعضاء لجنة المناقشة | | التوقيع |
|---|---|---|
| الدكتور عباس أحمد الباز؛ أستاذ مشارك – الفقه وأصوله | مشرفا | ........ |
| الدكتور عبد الله إبراهيم الكيلاني؛ أستاذ – الفقه وأصوله | عضوا | ........ |
| الدكتور وائل محمد عربيات؛ أستاذ مشارك – الفقه وأصوله | عضوا | ........ |
| الدكتور أحمد محمد السعد؛ أستاذ – السياسية الشرعية | عضوا | ........ |

قسم الاقتصاد والمصارف المالية

جامعة اليرموك

# الإهـــداء...

**إلى مقـام سيدي رسول اللـه صلى الله عليه وسلم..**
**رجـاء شفاعتـه والحشـر تحـت لوائــه**

**ومن مقامه الطاهر الزكيّ إلى مقام سيدتي فاطمة الزهراء..**
**رجاء أن يكرمني المولى بصحبتها في الجنة**

**وإلى كـلّ من توجـه إلى اللـه العلي القديـر ورفع كفّيـه..**
**ليسأل لـي اللّطـف والسّتـر والتّيسيـر**

أهـــدي هذا البحـــث المتــواضـــع

# شــكـــــر وتــقديــــــر

بعــد حمــد الله تعالى على عظيم منته وواصل عطائه، لما أولاني به في دائرة لطفه وعنايته، ولما أسبغ علي من جزيل نعمه وفضله، فكان ملجأي وملاذي وسندي ومتجهي، ولما أكرمني به من إنجاز هذا العمل، وإقراراً مني لذوي الفضل – كما وجهنا إليه حبيبنا المصطفى صلوات ربي وسلامه عليه، فإنني أتوجــه بواصل الشكر وعظيم العرفان إلى فضيلة الأستاذ الدكتور عباس أحمد الباز المشرف على هذه الرسالة الذي واكب رحلة هذه الرسالة توجيهاً ودعماً وتصويباً، حتى ظهرت ملامح حقيقتها وبانت بوادر مسيرتها، بعد طول انتظار..

كما وأتوجه بخالص الشكر والامتنان من الأساتذة الأجلاء – أعضاء لجنــة المناقشة لتكرمهم بقبول الاطلاع على صفحات هذه الرسالة، ودعمها بكريم توجيهاتهم وملاحظاتهم وخبراتهم عنايةً ولطفاً منهم في دعم هذا البحث وإخراجه بالصورة المرضيــة..

وإلى الأستاذ الدكتور محمد خالد منصور – رئيس قسم الفقه وأصوله – لكل ما قدمه من عون وتشجيع ودعم لي في استكمال إجراءات هذه الرسالة بكل سهولة ويسر.. ثم لتفضله بتقديمي للجنــة المناقشة نيابة عن مشرفي، فجزاه الرحمن خير الجزاء..

ولا يفوتني أن أشكــر من حملوا همي.. وأضاءوا طريقــي.. وبددوا بحنانهم وعطفهم أسباب قلقــي.. وترقبوا بغايــة الصبر لحظــة إنجازي..عائلتــي الحبيبــة... إخوتي وأخواتي نبض قلبي.. وبلسم روحي.. لكم مني كل دعائي لربي أن يجزلكم من واسع فضله وعطائه..

وإليكن أخواتي في الـلّـــــه.. اعترافاً بعنايتكن.. ودعائكن.. وسؤالكن المتواصل.. وأخص رفيقــة دربي الدكتورة تمام عودة العساف.. عسى أن يجمعني بكن المولى جميعاً في منابر الأخــوة تحت ظل عرشه..

إليكم جميعـــــاً خالــص شكري ومودتــــــي

# قائمة المحتويات


| الموضوع | الصفحة |
|---|---|
| قرار لجنة المناقشة | ب |
| الإهداء | ج |
| شكر وتقدير | د |
| قائمة المحتويات | هـ |
| الملخص | ك |
| المقدمة | ١ |
| الفصل الاول ( التمهيدي ) مفهوم التحكيم | ٦ |
| المبحث الأول: تعريف التحكيم ومشروعيته وطبيعته وأنواعه | ٩ |
| المطلب الأول: تعريف التحكيم | ٩ |
| المطلب الثاني: مشروعية التحكيم وحكمته | ١٤ |
| المطلب الثالث: طبيعة التحكيم في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية | ١٨ |
| المطلب الرابع: أنواع التحكيم وكيفية الاتفاق على التحكيم | ٢٢ |
| المبحث الثاني: مفهوم الصناعة المالية الإسلامية وعلاقته بوسائل فض نزاعات الاستثمار | ٢٨ |
| المطلب الاول: التعريف بالصناعة المالية | ٢٨ |
| المطلب الثاني: دورهيئات المؤسات المالية الإسلامية في دعم الصناعة المالية | ٢٩ |

| الموضوع | الصفحة |
| --- | --- |
| المطلب الثالث: نطاق المنازعات التـــي تتعــرض لهـــا عمليـــة الاستثمار والتمويل في المؤسسات المالية،والوسائل البديلة في حل هذه النزاعات | ٣١ |
| الفصل الثاني: التحكيم: أركانه وشروطه فـــي الفقـــه الإســـلامي والقانون النموذجي (اليونسترال UNCITRAL) | ٣٦ |
| المبحث الأول: أركان عقـــد التحكيـــم | ٣٨ |
| المطلب الأول: الرضـــــــا | ٣٨ |
| المطلب الثاني: الأهليــــــــــة | ٤٢ |
| المطلب الثالث: محل عقد التحكيم | ٤٥ |
| المطلب الرابع: تحليل فكرة محل التحكيم وفق اجتهادات الفقهاء | ٤٨ |
| المبحث الثاني: الشروط اللازمة لتشكيل هيئة التحكيم | ٥٠ |
| المطلب الأول: قواعد تشكيل هيئة التحكيم | ٥١ |
| المطلب الثاني: قبول المحكّم لمهمة التحكيم | ٥٦ |
| المطلب الثالث: الشروط الواجب توافرها في هيئة التحكيم | ٥٧ |
| المبحث الثالث: القانون الحاكم وأثره على عقد التحكيم | ٧٥ |
| المطلب الأوّل: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع | ٧٦ |
| المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم | ٨٦ |
| الفصل الثالث: إجراءات التحكيم في الشريعة الإسلامية مقارنـــة مع القانون النموذجي (اليونسترال UNCITRAL) | ٨٧ |
| المبحث الأول: سير الإجراءات في عملية التحكيم | ٩٠ |
| المطلب الأول: الطلب وعرض النزاع | ٩١ |

| الموضوع | الصفحة |
|---|---|
| المطلب الثاني: مكان التحكيم واللغة المعتمدة | ٩٥ |
| المطلب الثالث: نظام الجلسات وتدوين الوقائع | ١٠١ |
| المبحث الثاني: العوارض التي تواجه مهمة هيئة التحكيم | ١١٤ |
| المطلب الأول: العوارض المتعلقة بالمحكمين | ١١٥ |
| المطلب الثاني: العوارض المتعلقة بالنزاع | ١٢٥ |
| المبحث الثالث: سلطة هيئة التحكيم واختصاصها في إجراءات التحكيم | ١٣٤ |
| المطلب الأول: اختصاص الهيئة باتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية، ودور القضاء بشأنها | ١٣٥ |
| المطلب الثاني: سلطة هيئة التحكيم في إجراءات الإثبات | ١٤٣ |
| المطلب الثالث: سلطة هيئة التحكيم في قواعد الاختصاص | ١٤٦ |
| المبحث الرابع: كيفية صدور حكم التحكيم | ١٤٩ |
| المطلب الأول: التمهيد لإصدار الحكم ( المشاورة ) | ١٥٠ |
| المطلب الثاني: الأحكام الشكلية المتعلقة بصدور حكم التحكيم | ١٥٢ |
| المطلب الثالث: الإجراءات التي تتبع صدور حكم التحكيم | ١٦٢ |
| الفصل الرابع: الآثار المترتبة على التحكيم والحلول اللازمة لتفعيل العمل به في الصناعة المالية الإسلامية | ١٦٥ |
| المبحث الأول: حجية التحكيم ومدى قابلية الحكم للتنفيذ محلياً ودولياً | ١٦٧ |
| المطلب الأول: حجية قرار التحكيم واعتباره بالنسبة لجميع الأطراف | ١٦٨ |

| الموضوع | الصفحة |
| --- | --- |
| المطلب الثاني: إلزامية حكم الهيئة لأطراف العقد وكيفية الإلــزام بتنفيذ | ١٧٢ |
| المطلب الثالث:منازعات التنفيذ في القانون الدولي | ١٧٧ |
| المبحث الثاني: الطعن في حكم التحكيم وإبطاله | ١٨٤ |
| المطلب الأول: المحــلّ الذي يــَردُ عليه البطلان | ١٨٤ |
| المطلب الثاني: أسباب بطلان التحكيم | ١٨٧ |
| المطلب الثالث: طرق الطعن في حكم التحكيم | ١٩٨ |
| المبحث الثالث: المعوقات التي تواجه مهمة التحكــيم والحلــول العملية لمعالجتها | ٢٠٢ |
| المطلب الأول: المعوقات التي تواجه عملية التحكيم إجمالاً | ٢٠٢ |
| المطلب الثاني: أسباب عزوف المصارف الإسلامية عن اللجــوء للتحكيم، وكيفية معالجة هذه المشكلة | ٢٠٩ |
| المطلب الثالث: توظيف التكنولوجيا الحديثة في تسهيل إجراءات التحكيم | ٢١٣ |
| النتــائــج والتــوصيــات | ٢١٦ |
| المراجع | ٢١٩ |
| الملاحق | ٢٣٠ |
| الملخص باللغة الانجليزية | ٢٦٦ |

# التّحكيم في الصّناعة الماليّة للمؤسّسات الاستثمارية الإسلامية
# " بين الفقه الإسلامي والقانون النموذجي (اليونسترال) "

**إعــداد**
**ســونا عمر علي عبّــادي**

**المشرف**
**الدكتور عبـــاس أحمـــد البـــاز**

## الملخــص

تعــد الصناعـــة المالية الإسلامية أحد روافد المنظومة الاقتصادية التي تسعى إلى تطوير منتجاتها بمعايير وضوابط وآليات تعكس خصوصية المنهج المتبع في تعاملاتها، إلا أن صناعة المال لابد وأن تفرز تبايناً في الأفكار والمنهج كلما اتسعت دائرة العلاقات المالية، وتنوعت الأساليب الاستثمارية، مما يشكل مجالاً واسعاً لحصول النزاع والخلاف، وهنا برز دور التحكيم كآلية لتسوية النزاعات الناشئة كبديل عملي عن قضاء الدولة، هدفه البعد عن التعقيدات والتراخي الذي تتعرض له نزاعات الاستثمار داخل أروقة المحكمة.

وينتظم التحكيم في قانون يوضح آلياته بدءاً من العقد التنظيمي الذي يفوض فيه الأطراف للمحكم بنظر النزاع، ومروراً بالإجراءات المتبعة في إدارة العملية التحكيمية، وانتهاءً بالحكم الفاصل والمنهي للخصومة، والذي سيرتب آثاراً تتعلق بتنفيذ الحكم وإيصال الحقوق تعد عنوان الوصول للحق وفق أسس العدالة، وقد بينت هذه الدراسة التنظيم الشرعي والقانوني لعملية التحكيم في نزاعات الصناعة المالية، وفق منظومة الشريعة الإسلامية الغراء، ومقارنته بالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ( اليونسترال ) وهو من القوانين الدولية الذي لاقى قبولاً عند كثير من الدول لتتبناه كأساس في إدارة عمليات التحكيم.

ويظهر مجال التحكيم في الواقع التطبيقي خطوة جدية في ولوج باب التجديد والتطوير ليس على مستوى الخلافات المالية الوطنية فحسب، بل على مستوى النزاعات المالية الدولية، مما سيؤدي إلى أن تكون العلاقة بين المؤسسات المالية على المستوى الدولي أشد ترابطاً بعلاقاتها من ترابط الحكومات نفسها، وهو ما سيهيء إلى اقتصاد عالمي جديد.

## المقدمـــة

الحمد لله الذي استوى فوق معاقد العز من عرشه، العادل في حكمـــه، الذي كوّن الوجود بحكمته وعلمه، حمداً وتسبيحاً يليقان بجلاله ومزيد إفضاله، والصلاة والسلام على خير مبعوث من خليقته، المستقر في مقام سلطانه المبعوث رحمة بين عباده سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم عدد من تقدم من الخلق ومن تأخر، ومن حق عليه القول ومن تذكّر صلاة ممنوحة بالرحمة والسلام إلى أن نصل بصحبته إلى دار السلام، وبعد:

فقد يسر المولى الرحيم أن يكون موضوع هذه الرسالة التحكيم في الصناعة المالية الإسلامية مرتبطاً بواحدة من أركان إقامة الحق والعدل بين الخلق، فإن الله تعالى لما أباح للناس السعي في الأرض والأكل من طيباتها، لم يترك أمر علاقاتهم في ابتغاء الحصول على خيراتها دون تنظيم أو ترتيب، ولذا كان مما وجه إليه الحق في محكم أمره أن تحكم علاقات هذه التعاملات أطر شريعة الحق والعدل، فإذا مالت وانحازت عن منهج الله وقع الظلم والنزاع، وشاع الزيغ والفساد، فوجب في مقابل ذلك رفع الظلم وإقامة العدل بأي وسيلة توصل للمطلوب وترضي علام الغيوب.

ويعد التحكيم –كوسيلة لرفع النزاع– أحد أهم تلك الوسائل التي نمت أطره وازدهرت إجراءاته جيلاً بعد جيل بملازمته كل جديد يلج نطاق إعمار المال وصناعته، حتى أضحى في العصر الحالي نظاماً خاصاً يفد مؤسسات الدولة ويحتل مكانة متقدمة كبديل حيوي فعال عن حكم القضاء، وما ذاك إلا للمزايا التي انطوت عليها جنباته في سرعة وسهولة فصل النزاع دون تكلف عناء ومشقة إجراءات الأنظمة القضائية.

ومن هنا كان توجه موضوعات هذه الرسالة في بيان موقع التحكيم بين نزاعات المال وصناعة الاستثمار، وحكمه وأركانه وشروطه، ثم تنظيم إجراءاته بتسلسل زمني يتوافق مع المراحل التي يمر بها، ثم الآثار التي تترتب على انتهائه، ووضع الحلول للعقبات والمعوقات التي تشوب العمل به، كل ذلك بين إطار المنظومة الإسلامية والقوانين التقليدية والتي خصصت منها قانون الأمم المتحدة النموذجي بتعديلاته وتنقيحاته لعام ٢٠١٠ كأساس للمقارنة والتمييز.

وعليه فإن مشكلة الدراسة تكمن في الإجابة على التساؤلات التالية:

أولاً: ما حقيقة التحكيم – كآلية لفض النزاع – وما هي أركانه وشروطه في الفقه الإسلامي والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ؟

ثانياً: كيف نفهم طبيعة التحكيم في مجال الاستثمار، وما علاقته بالصناعة المالية الإسلامية ؟

ثالثاً: كيف تتم إجراءات التحكيم منذ بدء تشكيل هيئة التحكيم وحتى مرحلة المصادقة على قرار التحكيم ؟

رابعاً: ما الآثار المترتبة على تنفيذ حكم التحكيم، وكيف نتعامل مع المعوقات التي تحيط بالحكم قبل التنفيذ أو بعده ؟

خامساً: هل كانت المعايير الشرعية كافية في تنظيمها لأحكام التحكيم بحيث تفي بجميع الأغراض المتعلقة بالعملية التحكيمية ؟

سادساً: هل يمكن اعتماد ( القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ) في تنظيم أحكام النزاعات التي تنشأ في المؤسسات المالية الإسلامية ؟

وللإجابة على تساؤلات مشكلة الدراسة فقد اتبعت المنهج الوصفي التحليلي القائم على:

جمع ما يتعلق بالآراء والأقوال والاصطلاحات والتنظيمات والأحكام والقوانين، المتعلقة بالتحكيم كآلية لتسوية النزاعات، وتحليل ضوابط العمل به وإجراءاتها من خلال المقارنة بين أن يطبق عليها حكم الشريعة الإسلامية أو حكم غيرها من القوانين التقليدية، وأثر ذلك عند وجود التضاد والاختلاف، وترجيح ما يوافق الحق بقوة الدليل المباشر أحياناً أو بإعمال القواعد العامة في الترجيح أحياناً أخرى بحسب ما تقتضيه المسائل وتوميء إليه العبارات، وقد عمدت إلى التنبيه في المواضع المناسبة إلى رأي المعايير الشرعية بحسب حاجة البحث، التي أسهمت في إثراء الجانب الشرعي كونها تسير جنباً إلى جنب في دعم قانون إسلامي ينظم أحكام المعاملات لكافة المؤسسات المالية الإسلامية.

ووفق هذه الآلية وإعمالاً لجانب التنظيم في العمل جاءت موضوعات هذه الرسالة في أربعة فصول ومقدمة وخاتمة ضمنتها أهم النتائج والمقترحات التي توصلت إليها بعد هذه المسيرة، وقد جعلت الفصل الأول التمهيدي مقدمة أساسية في فهم حقيقة التحكيم وطبيعته ومشروعيته وموقعه من الصناعة المالية الإسلامية ومن صناعة القرار.

أما الفصل الثاني فتعلق بالضوابط والأركان لنظام التحكيم بدءاً من تنظيم العقد بمقوماته، وتشكيل هيئة التحكيم وضبط مهماته، والقانون الذي ينظم طريق سلطته.

والفصل الثالث اختص بطريق التحكيم وإجراءاته العملية عند بدء النزاع، وكيفية سير هذه الإجراءات بمواجهة أي عيب أو خلل يتعلق بالهيئة أو النزاع وكيفية حله عند طروئه، ومن خلال تمييز الفروقات بين هذه الإجراءات وغيرها في التنظيمات القضائية، وكيفية صدور الحكم وشروط ذاك الإصدار.

أما الفصل الأخير فتمثل تلك الآثار التي تتبع إصدار الحكم، من حيث لزومه وقوة تنفيذه وسبل الاعتراض أو الطعن في مضمونه، من خلال بيان أمثلة تطبيقية لمجموعة من القضايا التحكيمية تحصيلاً لفائدة الربط بين الجوانب النظرية والعملية في البحث.

ثم ضمنت هذه الرسالة بخاتمة ذكرت فيها جل ما توصل إليه فهمي وما وسعته يدي من نتائج وتوصيات من شأنها شحذ الهمم لمزيد من البحث في هذا المجال المتجدد.

وقد نوهت إلى قائمة المصادر والمراجع التي أكرمني المولى بأن أطلع عليها وأستفيد من معلوماتها لترفد هذا البحث بالفائدة بإذن الله.

وقد سبقت هذه الرسالة دراسات سابقة للتحكيم عنيت بإظهار دوره كعمل يشابه العمل القضائي، أخص بالذكر رسالة التحكيم للدكتور قحطان الدوري والتحكيم في الشريعة الإسلامية للدكتور إسماعيل الأسطل، ومشكلة هذه الدراسات أنها اهتمت بالجوانب التاريخية للفكرة دون أن تفصل في النواحي الإجرائية أو تنظم النواحي التطبيقية، كما أنها قارنت مسائلها بقوانين تغيرت وتحدثت في معظمها، فكان لابد من تجديد البحث في أحكام إجراءاتها وأطرها التي تتناسب مع الحاجة إليها.

ولأن الدراسة تسعى إلى مواكبة التحديثات الإجرائية والقانونية المنظمة لعملية التحكيم على نطاق القوانين المحلية لتواكب فيها كل دولة نظم التحكيم الدولية بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية بمحاولة جادة في إزالة عقبات كثيرة بحيث نصل قريباً إلى نظام تحكيم موحد تتفق عليه دول العالم بأسرها – فقد كان اختيار المعايير الشرعية والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، كمثالين حيويين في الواقع التطبيقي للمؤسسات المالية على النطاقين المحلي والدولي وكونهما محط نظر كثير من الباحثين والمهتمين بفض نزاعات الصناعة المالية، مما يضفي إثراءً للجوانب التأصيلية والتنفيذية التي تعرضت لها هذه الدراسة وصولاً إلى أفضل نتائج تخدم عمليات الاستثمار، وفي ظل الصناعة المالية الإسلامية المعاصرة عقدت مجموعة من المؤتمرات والندوات بهدف تعميق المفاهيم ونشر أسس الثقافة الخاصة بهذه المؤسسات من ناحية شرعية، أذكر منها:

أولاً: مؤتمر المؤسسات المالية الإسلامية – معالم الواقع وآفاق المستقبل، المنعقد في الإمارات لعام ٢٠٠٥.

ثانياً: مؤتمر التحكيم التجاري الدولي " أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية "، المنعقد مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية لعام ٢٠٠٨.

ثالثاً: مؤتمر القضاء والتحكيم في الصناعة المالية الإسلامية، المنعقد في معهد التدريب والدراسات القضائية وغرفة تجارة وصناعة أبوظبي لعام ٢٠١١.

كما واعتمدت الدراسة مجموعة من الأبحاث التي تعلقت بالصناعة المالية والمصرفية، أذكر منها الآتية، وأحيل الباقي لقائمة المراجع والمصادر:

أولاً: مؤسسات البنية التحتية للصناعة المالية، للدكتور سامر قنطقجي، والذي قدم في دراسته تعريفاً بمؤسسات البنية التحتية للصناعة المالية، وأهمية تلك المؤسسات والنظام الذي تقوم عليه والمقترحات التي تساعد في تطوير عمل تلك المؤسسات.

ثانياً: التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الاقتصاد المتحول، للدكتور موسى خليل متري، وفيه يعرض ماهية العمل المصرفي، وضرورة التحكيم في حل نزاعات المصارف، مع تحليليه للإيجابيات والسلبيات التي تواجه عملية التحكيم عند حل نزاعات المصرف.

أما الدراسات القانونية فكانت مراجع أصول التنظيم القضائي، ومراجع القانون الدولي الخاص، ومجموعة أبحاث من تصدّر للكتابة في مجال التحكيم المحلي والدولي، وأخص بالذكر منها:

أولاً: كتب الدكتور أحمد أبو الوفا في الأصول التنظيمية للأحكام والمرافعات، وفي عقد التحكيم وإجراءاته.

ثانياً: مجموعة أبحاث الدكتور جورج حزبون أستاذ القانون الخاص، سواء ما تعلق منها بضبط الأصول التشريعية للقوانين، أو من خلال نقد هذه القوانين.

ثالثاً: مجموعة التشريعات والقوانين التحكيمية والقرارات الاستئنافية، سواء ما تعلق باجتهادات محكمة باريس أو بقرارات محاكم الاستئناف الخاصة بإحدى الدول العربية، أو بالمذكرات الإيضاحية الشارحة لتأصيل هذه القوانين، كالمذكرة الإيضاحية للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي وقرارات لجنة الأمم المتحدة الخاصة بتنقيحات قواعد اليونسترال لعام ٢٠١٠.

وعليه فإن أهمية هذه الدراسة تظهر من خلال تأصيل أحكام التحكيم شرعياً وقانونياً في ظل التطور الذي طرأ على كافة إجراءاته، وفي ظل قوانين ومعايير جديدة، ومن خلال موضعه في بوتقة الصناعة المالية، بهدف الوصول إلى تنظيم يجذب مؤسسات دولية وعالمية لتنخرط في مظلة التحكيم الإسلامي بفضل عدالة إجراءاته ونزاهة أهدافه، كما وتظهر أهمية الرسالة في تنظيم التدرج في أحكام التحكيم ليتسنى للمطلع على هذه الدراسة أن يكون قادراً على تولي مهمة التحكيم وفق الضوابط اوالشروط التي تضمنتها جزئيات الدراسة، وفق آخر ما توصلت إليه أحدث القوانين والاجتهادات في هذا المجال.

وأسأل الله العلي القدير أن أكون قد وفقت في طرح هذه الموضوعات، وأن تكون هذه الأطروحة كلمة متقبلة عند رب العالمين وبضاعة نافعة لأمة المسلمين، كما وأسأله تعالى أن يجعلنا حسنة من حسناته ورحمة بين عباده يستنصر بنا دينه ولا يستبدل بنا أحدا غيرنا، وصل اللهم على سيدنا محمد النبي الأمي وعلى آله وأزواجه وذريته، وارض اللهم عن ساداتنا ذوي القدر الجلي أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وعن صحابة رسول الله أجمعين وتابعيهم بإحسان إلى يوم الدين والحمد لله رب العالمين.

# الفصل الأول ( التمهيدي )

# مفهوم التحكيم وعلاقته بالصّناعة الماليّة الإسلاميّة

## الفصل الأول ( التمهيدي ): مفهوم التحكيم وعلاقته بالصّناعة الماليّة الإسلاميّة

### تمهيـــد

نظمت الشريعة الإسلامية أحكام المعاملات المالية بما يخدم التطور والتقدم العلمي والعملي وبما يتناسب وحاجات الأفراد ومصالحهم، وبما لا يتعارض مع أصول التشريع الإسلامي، ولقد كانت الأصول والقواعد الفقهية خصبة بما يسع كل جديد على امتداد التاريخ الإسلامي، ومع كل جديد في المعاملات المالية لابد من اختلاف بين الإدراكات والمفاهيم والآليات ينشيء بالضرورة نزاعات تحتاج إلى أساليب تتناسب مع حجم التطور الذي يرد إلى أسس هذه البيئة التنافسية، بعيداً عن الأساليب التقليدية، هدفها إرساء الأمن الاقتصادي وحسم الخلافات والنزاعات التي تنشأ بين هذه المؤسسات، فكانت فكرة التحكيم واحدة من الحلول التي جذبت وبقدر كبير أنظار المستثمرين وسهلت توثيق الروابط واستدامة العلاقات، بما يحقق أمر رفع الخلاف وخفض جناح المودة والتعاون فيما بينها، ولسنا بصدد استعراض التاريخ الممتد لوجود التحكيم قبل وبعد الإسلام، ذلك أن الوجود التاريخي لإعمال التحكيم وسيلةً لفض المنازعات بات من المعلوم بالضرورة، ولا ينكر أحد ذلك الوجود بقدر ما يأمل أن يرد إلى تنظيمه كل ما يمكن أن يهيء ويساهم في تثبيت دعائم الصناعة المالية، خاصة ونحن نتحدث عن عهد اعتُبر فيه وجود النظام الاقتصادي المعاصر بمؤسساته الحديثة مرهون بوجود مفاهيم بعيدة كل البعد عن منظومة التشريع الإسلامي، كمفهوم الفائدة – الربـــا – بل وتعدّ من أهم العوامل نحو انهيار المنظومة الاقتصادية، ولا يخفى، أن الانهيار المالي العالمي الذي اشتعل في أروقة الأنظمة الاقتصادية لدول العالم الرأسمالية، فخر عليهم السقف من فوقهم، لم يكن إلا نتيجة لهذه الفوضى العقيمة والعبث باستقرار الكون الذي نظمه الحق سبحانه، والذي أدى إلى حالة من الشلل عمّت أنظمتهم المالية، وأدت إلى تسرب أموالهم إلى الخارج، سوى الآثار المدمرة الأخرى التي حصدتها كبرى ركائز الصناعة المالية والمتمثلة بالأنظمة المصرفية والبنوك، عاشت معها هذه المؤسسات كابوساً حقيقياً حدى بها إلى البحث عن مخرج ينقذهم ووسيلة تعوض خسارتهم، وفي ظل هذا السقوط برز وجود الصناعة المالية الإسلامية لتقدم للعالم خير نموذج يجذب انتباه العالم بأسره، ويحقق بما قامت عليه من أصول التشريع الإسلامي دعماً حقيقياً للمنظومة الاقتصادية بكافة معاييرها، ولذا كان من واجب الدول والمؤسسات والأفراد تقديم كافة الدعم الممكن لبلورة البنية التحتية للصناعة المالية وخدمة مؤسساتها بما يجعلها محطة توحيد لمستقبل نظام اقتصادي إسلامي يتوحد فيه العالم تحت مظلة شريعة الحق سبحانه، وبرزت كذلك أهمية تطوير نظام

تحكيم إسلامي يتفق مع البناء المتواصل للمؤسسات المالية، ويساهم في تخفيف العبء عن القضاء، ويضيّق نطاق الخلافات والنزاعات دون أن يشكل انحساراً يمنع تقدم هذه المؤسسات خارج نطاق الدولة، بل على العكس من ذلك يجب أن تتضافر الجهود للخروج بنظام تحكيم ينبثق من مظلة التشريع الإسلامي ويتفيأ ظلاله المؤسسات المالية أينما وجدت في العالم بأسره، فجاء هذا الفصل في مبحثين ولكل مبحث مطالبه كما يأتي:

## المبحث الأول: تعريف التحكيم ومشروعيته وطبيعته وأنواعه.

عند بيان مفهوم التحكيم فإنه يتميز عما قد يخالطه من بعض التصرفات المدنية أو القضائية التي لا تتوافق مع نظامه، لذا جاءت هذه المطالب لتوضح حدود هذا المفهوم وتفرز أسسه عما قد يرد إليه من مفاهيم مشابهة، ثم تلقي الضوء على التأصيل الشرعي لوجوده في منظومة القانون الإسلامي الحنيف، وبيان طبيعته من خلال تكييف عمله، ثم الأنواع التي قد يتشكل في اتخاذها واقعاً وتطبيقاً، من خلال المطالب التالية:

### المطلب الأول: تعريف التحكيم.

يرتبط المعنى الاصطلاحي عند الفقهاء والمعنى الاصطلاحي عند القانونيين بأصل الحكم في اللغة، وعلى الرغم من شمول المعنى واتساعه واحتماله للأوجه المتعددة للحكم، إلا أن خصوص لفظ التحكيم الذي يرتبط بالقضاء الخاص هو ما سنقتصر عليه دون تفصيلٍ لغيره من المفاهيم، كما يلي:

#### الفرع الأول: التحكيم في اللغة:

مصدر من الجذر حكم بمعنى قضى، وقد حكم بينهم يحكُم بالضم حكماً، و حكم له وحكم عليه، والحَكَم بفتحتين: الحاكم، وحكّمه في ماله تحكيماً ؛ إذا جعل إليه الحُكم فيه فاحتكم عليه في ذلك، واحتكموا إلى الحاكم و تحاكموا وحاكمته إلى القاضي: رافعته، وتحاكمنا إليه واحتكمنا، وهو يتولى الحكومات ويفصل الخصومات، والمحاكمة: المخاصمة إلى الحاكم، وفي الحديث: " إن الجنة للمحكمين "[١]، وهم قوم من أصحاب الأخدود حكّموا وخيّروا بين القتل والكفر فاختاروا الثبات على الإسلام مع القتل[٢]، يقول ابن فارس: والحاء والكاف والميم أصل واحد وهو المنع، وأول ذلك الحكم وهو المنع من الظلم.[٣]

فالتحكيم الذي نقصده في موضوع البحث يدور في فلك اللغة من أصل منع الظلم، أو رفع الخصومة لمن يُجعل إليه أمر الحكم، وتسمى عملية فصل الخصومة بالحكومة، كما أنه يحمل معنى التفويض لمن يتولى الحكومة.

---

[1] لم أجده في كتب الحديث، وقد ذكره الجزري في النهاية في غريب الأثر، ج/ ١، ص: ٤١٩، وانظر:الزمخشري، الفائق في غريب الحديث، ج/ ١، ص: ٣٠٣، أبو القاسم بن محمد، المفردات في غريب القرآن، ج/ ١، ص: ١٢٨.

[2] الرازي، مختار الصحاح، ج / ١، ص: ٦٢، الزمخشري، أساس البلاغة، ج/ ١، ص: ١٣٧.

[3] ابن الفارس، معجم مقاييس اللغة، ج/ ٢، ص: ٩١.

**الفرع الثاني: التحكيم في اصطلاح الفقهاء.**

لم يذكر الفقهاء تعريفاً خاصاً للتحكيم، باستثناء ما ورد عند متأخري الحنفية، إذ عرفه الحصفكي بأنه: " تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما "[١]، وأما باقي الفقهاء فقد وافقوا التعريف بالمعنى العرفي وإن لم يصرحوا به:

١- فعند المالكية، ذكر ابن فرحون: " ومعناه أن الخصمين إذا حكما بينهما رجلا وارتضياه لأن يحكم بينهما... "[٢].

٢- وعند الشافعية، قال الماوردي: وإذا حكّم خصمان رجلاً من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعاه في بلد فيه قاض أو ليس فيه قاضٍ..."[٣].

٣- وعند الحنابلة، قال المرداوي: " وإن تحاكم رجلان إلى رجل يصلح للقضاء فحكماه بينهما..."[٤].

والنظرة العامة للمفهوم الاصطلاحي للتحكيم عند الفقهاء تقوم على فكرتين أساسيتين:

الأولى: الإرادة الاتفاقية على التحكيم والتي يطبق عليها المفهوم المدني في إنشاء العقد.

الثانية: العمل القضائي المتمثل بفصل النزاع القائم ممن تولّى إجراءات هذه الحكومة.

وقد تنبهت مجلة الأحكام العدلية لهاتين الفكرتين في صياغة مفهوم التحكيم، حيث قررت المادة ( ١٧٩٠ ) من المجلة: " أن التحكيم عبارة عن اتخاذ الخصمين آخر حاكماً برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما " [٥].

كما أظهر تعريف الفقهاء وتعريف المجلة للتحكيم العناصر الأساسية التي يقوم عليها التحكيم، والمتمثل أولاً: باتفاق إحالة النزاع من قبل خصمين، وعبارة الخصمين هنا على سبيل العموم ليدخل باعتبارها مفهوم الشخص الحقيقي والشخص الاعتباري.

وثانياً: خصومة قابلة لأن تكون محلاً صحيحاً للتحكيم فيها، إذ ليس كل خصومة تصلح لأن تكون محل نظر من المحكم، على ما سيأتي بيانه عند الحديث عن محل التحكيم.

---

[1] الحصفكي، الدر المختار، ج/٥، ص:٤٢٥، ابن نجيم، البحر الرائق، ج/ ٧، ص: ٢٧.
[2] ابن فرحون، تبصرة الأحكام، ج/١، ص: ٥٠.
[3] الماوردي، أدب القاضي، ج/ ٢، ص: ٣٧٩.
[4] المرداوي، الإنصاف، ج/١١، ص: ١٩٧.
[5] حيدر، علي، مجلة الأحكام العدلية، ج/ ٤، ص: ٥٢٤.

وثالثاً: هيئة مؤهلة[١] تتولى مهمة فصل الخصومة، ليست مقيدة بمحكم واحد – مما ورد من عبارات الفقهاء – كما سيأتي بيانه في شروط المحكم.

ورابعاً: حكم يتمثل بقطع الخصومة وحسم النزاع لتقرير مراكز جديدة لأطراف النزاع.

إلا أن التعريفات المتقدمة لم تنص على صفة الإلزام بالنسبة للحكم الصادر، ولذا كان من المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة الشرعية أن أضافت حد الإلزامية عند بيانها لمفهوم التحكيم في المعيار الشرعي رقم ( ٣٢ ) تمشياً مع نتيجة التحكيم – إذ نصت المادة ( ٢ /١) على أن التحكيم: "اتفاق طرفين أو أكثر على تولية من يفصل في منازعة بينهم بحكم مُلزم " [٢]، وهو أقرب التعريفات لواقع عملية التحكيم في الوقت الحاضر، خصوصاً وأنه اشتمل قيداً جديداً – خروجاً من الخلاف الفقهي فيه – وهو قيد الإلزام، كما أنه أبقى على صبغة التعريف الفقهي في ابتداء الإحالة بالاتفاق وانتهائه بالقضاء.

**الفرع الثالث: التحكيم في اصطلاح القانون:**

تعددت التعريفات القانونية للتحكيم، بناء على تعدد الاجتهادات الخاصة بطبيعة التحكيم، أو بالنظر إلى إجراءات عملية التحكيم:

١– فعرفه بعضهم بأنه:" نظام قانوني يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع" [٣].

٢– وعرّفته المحكمة الدستورية العليا المصرية بأنه: "عرض لنزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما، أو بتفويض منهما، على ضوء شروط يحددانها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة الممالأة، مجرداً من التحامل، وقاطعاً لداء الخصومة في جوانبها، التي أحال الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"[٤].

---

[1] والمقصود أهلية المحكم، أي أن يكون المحكم وقت التحكيم أهلاً للقضاء، وسيأتي بيان مسألة أهليـة المحكـم والمقصود من هذه الأهلية وما يترتب عليها من أحكام.

[2] المعايير الشرعية، التحكيم، المادة ( ٢ /١ ).

[3] والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ١٣.

[4] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٣٨٠ لسنة ٣ ق، دستورية – جلسة ١١ / ٥ / ٢٠٠٣.

٣- وعرّفته محكمة التمييز الأردنية بأنه: "طريق استثنائي يلجأ إليه الخصوم لفض ما ينشأ بينهم من منازعات بموجب إتفاق قائم بينهم بقصد الخروج عن طريق التقاضي العادية"[١].

٤- وعرفه الدكتور أحمد أبو الوفا بأنه: الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة "[٢].

وفي التعريفات السابقة نجد أن التحكيم في القانون يتفق مع اصطلاح الفقهاء في الشريعة الإسلامية بأن مقتضى التحكيم أن ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء، مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصل فيه، كما أنهم اتفقوا على أن هذا النزول يكون باتفاق من الخصوم، مع تطور الصورة الحديثة لهذا الاتفاق بأن يكون تبعاً لعقد معين يذكر في صلبه، ويسمى " شرط تحكيم "، أو يكون بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم، ويسمى في هذه الحالة " مشارطة تحكيم أو شرط تحكيم "[٣]، وأن المحكم من يتولى عملية فصل النزاع ؛ وقد يكون واحداً أو يتعدد، وأن نتيجة التحكيم فصل النزاع وإنهاء الخصومة بحكم.

ويبقى الفرق في مسألة الإلزام، إذ إن الفقهاء القدامى لم ينصوا في تعريفاتهم للتحكيم على مسألة الإلزامية، سوى ما استدركته المعايير الشرعية في تعريفها الحديث للتحكيم، أما في القانون فنجد أن الإلزام ركن في تعريف التحكيم، لأنه وفق الإجراءات الخاصة لنظامه لا تتحصل الفائدة من تحكيم بغير إلزام.

**الفرع الرابع: المصطلحات ذات الصلة بالتحكيم.**

يتعلق بمفهوم التحكيم اصطلاحات أخرى تجمعها به علاقة من ناحية أو أخرى، كان لابد من بيانها لفرزها من حيث الفكرة أو المضمون عن فكرة التحكيم، وسأقتصر في بيان حدود هذه الاصطلاحات بما أوردته مجلة الأحكام العدلية، لأنها مستقاة من أصول الفقه الإسلامي، ولأن البحث ليس بصدد التعريف التفصيلي لمثل هذه المعاني، وإنما الهدف تنقية الفكرة لمفهوم التحكيم عما قد يشوبه من خلط بأي واحدة من هذه المفاهيم، وعليه فإن الاصطلاحات ذات الصلة بالتحكيم تتمثل فيما يأتي:

---

[1] أنظر قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ١٧٧٤ / ١٩٩٤ ( هيئة خماسية ) تاريخ ٢٦ / ٣ / ١٩٩٥، وانظر: قرار محكمة التمييز رقم ١٩٠٢ /٢٠٠٠، ( هيئة خماسية ) تاريخ ٢٩ / ١١ /٢٠٠٠.

[2] أبو الوفا، أحمد، عقد التحكيم وإجراءاته، ص: ١٥.

[3] المرجع السابق، " بتصرف ".

**أولاً: القضاء**

القضاء يأتي بمعنى الحكم والحاكمية، والقاضي هو الذات الذي نصب وعين من قبل السلطان لأجل فصل وحسم الدعوى والمخاصمة الواقعة بين الناس توفيقاً لأحكامها المشروعة، والحكم هو عبارة عن قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها، والمحكوم به هو الشيء الذي ألزمه القاضي المحكوم عليه: وهو إيفاء المحكوم عليه حق المدعي في قضاء الإلزام، وترك المدعي المنازعة في قضاء الترك [١].

ومع أن كلاً من التحكيم والقضاء يمتاز بشبه كبير من نواح متعددة كسلطة القاضي والمحكم في فصل النزاع، وحجية القرار الصادر، وقوة الإلزام، إلا أن التحكيم يختلف عن القضاء، في أن القاضي يلتزم بالقواعد الإجرائية والموضوعية للقانون الذي يحكم النزاع، بينما التحكيم لا يلزم منه اتباع هذه القواعد فيما عدا القواعد التي تتعلق بالنظام العام، كما أن ولاية القاضي أيضاً عامة، فينظر في جميع القضايا التي يعرض عليه، بينما ولاية التحكيم خاصة مقصورة على قضية المحتكمين وفي موضوع خاص فلا يرد لسلطة المحكم النظر فيما لا يصح فيه التحكيم [٢].

**ثانياً: الصلح**

الصلح: هو عقد يرفع النزاع ويزيل الخصومة بالتراضي وينعقد بالإيجاب والقبول[٣].

والصلح يشبه التحكيم في أنه عقد يتراضى فيه الأطراف لحسم النزاع، إلا أنه – أي الصلح يتعدى فيه الاتفاق إلى الحكم، فالمصالح يعلم ما سيقدمه من تنازل في مقابل حسم النزاع، بخلاف المحتكم، فإنه لما أعطى المحكم سلطة الفصل في النزاع لم يعد له دور في تحديد نتيجة التحكيم.

**ثالثاً: الخبرة**

الخبرة: إبداء الرأي في عيب من العيوب المتعلقة بموضوع النزاع من قبل صاحب علم ودراية يسمى الخبير، وشرطه أن يكون خالياً من الغرض فيما يدلي به [٤].

يشترك المحكم والخبير في بذل الجهد لإيضاح الحق، إلا أن الخبير لا يعدو أن يكون عمله تقديماً للرأي والمشورة فرأيه غير ملزم للطرفين، بخلاف المحكم الذي خوّل بمقتضى التحكيم سلطة في حكمه على أطراف النزاع، فالخبير لا يفصل في النزاع بخلاف المحكم الذي يفصل

---

[1] حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج/ ٤، ص: ٥١٩ وما بعدها، أنظر المواد: ١٧٨٤ – ١٧٨٩.
[2] السرطاوي، محمود، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص: ١٢ – ١٣.
[3] حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج/ ٤، ص: ٣ – ٤، المادة: ١٥٣١.
[4] حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج ١ / ص: ٣١٢ وما بعدها مما يوفق المواد المذكورة، أنظر المواد: ٣٤٦،٣٥٦، ٤١٤.

فيه، وقد يصبح رأي الخبير منتجاً في الدعوى التحكيمية بناءً على الطلب وذلك إن اقتضت وقائع المنازعة الاستعانة برأي الخبير لتقدير قيمة معينة، وعندئذ يكون رأي الخبير ملزماً إلا أنه يقبل الاعتراض والإبطال بالطرق المقبولة.

**رابعاً: الوكالة**

الوكالة: الوكالة هي تفويض أحد في شغل لآخر وإقامته مقامه في ذلك الشغل ويقال لذلك الشخص موكل ولمن أقامه وكيل ولذلك الأمر موكل به [1].

يتشابه التحكيم مع الوكالة في أنه يبتديء بتفويض لشخص ليقوم بعمل يحقق فيه مصلحة الموكل، إلا أن الفرق بينهما أن الوكيل يقوم بعمله لخدمة مصلحة الموكل وبالتالي ينحاز إلى جانب موكله في تحصيل الشغل الذي وكل به، بخلاف عمل المحكم الذي يجب أن يكون محايداً، ولا يصح أبداً أن ينحاز إلى مصلحة أحد الخصوم وإلا كان ذلك طعناً في نزاهته،( وسيأتي بيان هذه المسألة عند الحديث عن حيدة القاضي ) ثم إن الوكيل ليس له سلطة على موكله، بخلاف المحكم الذي يمتلك سلطة ولاية على الخصوم فيما يقضي به[2].

## المطلب الثاني: مشروعية التحكيم وحكمته

اتفق الفقهاء على صحة اللجوء إلى التحكيم [3]، وأنه تصرف مشروع، ودليل هذه المشروعية قد ثبت بالكتاب والسنة وما جرى عليه العمل بين الصحابة والناس من بعدهم.

**أولاً: في الكتاب:** قوله تعالى: {وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا} [النساء: ٣٥]

وجه الدلالة: أن الآية الكريمة دلت على حكم بعث الحكمين في حال الشقاق والنزاع بين الزوجين، لاختيار المقام أو لاختيار الفرقة، ولما جاز التحكيم في حق الزوجين، دل ذلك على جواز التحكيم في سائر الخصومات والدعاوى[4].

– وقوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا} [المائدة: ٩٥]

---

[1] حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج /٣، ص: ٤٤٩، المادة: ١٤٤٩.

[2] وسيأتي بيان هذه المسألة في موضعها من الفصل القادم بإذن الله.

[3] أنظر: السرخسي، المبسوط، ج/ ٢١، ص: ٦٢، الكاساني، بدائع الصنائع، ج/ ٧، ص: ٣، الخرشي، شرح مختصر خليل، ج/ ٧، ص: ١٤٥، الباجي، المنتقى، ج / ٥، ص: ٢٢٦، النووي،أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج/ ٤، ص: ٢٨٧، الشربيني، مغني المحتاج، ج / ٤، ص: ٣٧٨، البهوتي، كشاف القناع، ج /٦، ص: ٣٠٨، المرداوي، الإنصاف، ج / ١١، ص: ١٩٧.

[4] الخصاف، شرح أدب القاضي، ج / ٤، ص: ٥٨، وانظر في الاستدلال بجوازه بصفة عامة: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج /٥، ص: ١٧٩، تفسير البيضاوي، ج /٢، ص: ١٨٦.

وجه الدلالة: أن في الآية الكريمة تحريم قتل الصيد للمحرم، وأن من قتله فجزاؤه يحكم به عدلان لتقييم المتلف ثم الحكم عليه، وهذا دليل على التحكيم [١].

**ثانياً: في السنة:** فقد ورد من أخبار النبي صلى الله عليه وسلم الكثير من الحوادث التي تدل على أنه أجاز التحكيم وأمر بتنظيمه في أحكام الصحيفة بعد هجرته للمدينة المنورة[٢]، ومن ذلك إجازته صلى الله عليه وسلم لتحكيم سعد بن معاذ في بني قريظة [٣]، ومنها إجازته لتحكيم أبي شريح في قومه[٤]، هذا وإن تحكيم النبي صلى الله عليه وسلم بنفسه لا يعدّ تحكيماً، وأرى أن الحوادث التي تحال فيها الخصومة إلى النبي صلى الله عليه وسلم ليحكم فيها إنما هي من باب القضاء لأن النبي صلى الله عليه وسلم حاكم وبالتالي لا يُقاس حكمه على حكم المحكم لهذا الاعتبار.

**ثالثاً: فعل الصحابة رضوان الله عليهم:** وهي حوادث كثيرة تناقلتها كتب الفقه والسيرة، نذكر منها: تحاكم عمر بن الخطاب وأبيّ بن كعب في خصومة في حائط، فقال عمر رضي الله عنه: بيني وبينك زيد بن ثابت، فانطلقا فطرق عمر الباب، فعرف زيد صوته ففتح الباب، فقال يا أمير المؤمنين، ألا بعثت إلي حتى آتيك ؟ فقال: في بيته يؤتى الحكم [٥]، وقد كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه أمير المؤمنين، فدل فعله على أن التحكيم أمر معمول به بين الناس.

– ومنها تحاكم علي بن أبي طالب كرم الله وجهه في أمر الإمامة، فكان التحكيم فيما عداها من باب أولى [٦].

---

[1] ابن العربي،أحكام القرآن، ج / ٢، ص: ١٨٥.

[2] ابن هشام، السيرة النبوية، ج/ ٥، ص: ١٢١ أنظر: السرطاوي، محمود، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص: ٢٤ –٢٥.

[3] ففي حديث أبي سعيد الخدري: نزل أهل قريظة على حكم سعد بن معاذ، فأرسل النبي صلى الله عليه وسلم إلى سعد فأتى على حمار، فلما دنا من المسجد قال للأنصار: ( قوموا إلى سيدكم، أو خيركم ). فقال: ( هؤلاء نزلوا على حكمك ). فقال: تقتل مقاتلتهم، وتسبي ذراريهم، قال: ( قضيت بحكم الله، وربما قال: بحكم الملك)، رواه البخاري في صحيحيه، بحديث رقم (٣٨٩٥ )، ج/ ٤، ص: ١٥١١.

[4] روى شريح بن هانئ عن أبيه هانئ: أنه لما وفد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم مع قومه سمعه وهم يكنون هانئا أبا الحكم، فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال له: إن الله هو الحكم، وإليه الحكم، فلم تكنى أبا الحكم ؟ قال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي كلا الفريقين، فقال عليه السلام: ما أحسن من هذا ! فما لك من الولد ؟ قال: لي شريح وعبد الله ومسلم، قال: فمن أكبرهم ؟ قال: شريح، قال: فأنت أبو شريح، ودعا له ولولده. الحديث رواه أبو داود في سننه، حديث رقم ( ٤٩٥٥ ) ج / ٤، ص: ٢٨٩، والنسائي في سننه، حديث رقم ( ٥٣٨٧ )، ج/ ٨، ص: ٢٢٦.

[5] رواه البيهقي في سننه، حديث رقم (٢٠٢٩٩ )، ج /١٠، ص:١٤٥.

[6] الماوردي، أدب القاضي، ج /٢، ص: ٣٧٩. وخبر الإمامة مشهور في كتب السيرة والتاريخ.

– ومنها تحكيم أهل الشورى لعبد الرحمن بن عوف[١]، وغيرها من الأخبار والآثار التي تدل على استفاضة العمل بالتحكيم دون وجود من يعارض أصل مشروعيته، بل إن بعض الفقهاء صرح بالإجماع على جواز العمل بالتحكيم [٢].

وإذا كان التحكيم قد لاقى قبولاً وإقبالاً في صدر الدولة الإسلامية، فما ذلك إلا لحكمة وفوائد ومقاصد انطوت على ثنايا تنظيماته، جعلته ميزة استقل بها عن باقي أساليب فض المنازعات، إلا أن هذه الحكمة متجددة بتجدد التعامل بالتحكيم وبتجدد الأعراف السائدة وفق التطورالزمني وآليات كل عصر في استحداث المعاملات والتشريعات التي تنظم أمور الناس ومصالحهم بها، فالحكمة من تشريعه ابتدأت بأفراد ثم صرنا نلمس أثرها في وقتنا الحالي على مستوى المؤسسات والحكومات والدول، وتتمثل هذه الحكمة في الأمور التالية:

**أولاً: احترام إرادة الأطراف ( الخصوم ) في اختيار الوسيلة التي يرتضونها لفض النزاع**

فقد يتحرج الكثيرون من طرق أبواب القضاء لعرض نزاعاتهم، لما في القضاء من اجتماع خصومات متعددة تطيل أمد التقاضي وإجراءات قد لا تتفق مع ظروف الخصوم أو أحوالهم في اللجوء إلى القاضي للفصل في نزاعهم، فكان التراضي على التحكيم لفض النزاع إقرار من الشريعة الإسلامية لهذه الإرادة في اختيار وسيلة فض النزاع بأنفسهم دون حرج، وتتعدى مرحلة احترام الإرادة من اختيار الوسيلة في التقاضي إلى اختيار المحكم، وهذا من الفروق الجوهرية بين التحكيم والقضاء، ذلك أن اللجوء للقضاء لا يقع فيه اختيار للقاضي الذي يحكم، فتولية القاضي وفصله لنزاع الخصوم لا تخضع لرضا الخصوم، وإنما هي ولاية يستمدها من الحاكم أو من الدولة، بخلاف التحكيم الذي يكون فيه تولية المحكم موكول بإرادة الأطراف في اختياره.

**ثانياً: السرعة في إنهاء الخصومة وقلة التكاليف**

يهتم كل من يريد الوصول إلى الحق وإنهاء الخصومة بأن يكون طريقه في ذلك مبني على السرعة وعدم التكلف بالمال أو الجهد في الوصول إلى حقه، وهذه ميزة تفتقر إليها تنظيمات القضاء الذي تتكدس القضايا على أبوابه فتطول إجراءات البت في الخصومة، وربما يورث ذلك مللاً عند الخصوم في عدم متابعة قضاياهم، خصوصاً إذا كانت متابعة إجراءات التقاضي ستكلفهم مشقة ونفقات إضافية قد لا تتحملها قدراتهم المالية، ولذا كانت مشروعية التحكيم لحكمة تجاوز مثل هذه المعوقات، فالتحكيم يمتاز بالسرعة في فصل النزاع، وقلة الإجراءات المتخذة

---

[1] وخبر أهل الشورى رواه البخاري في باب: قصة البيعة والاتفاق على عثمان رضي الله عنه، حديث رقم (٣٤٩٧ )،ج/ ٣، ص: ١٣٥٣.

[2] أنظر: السرخسي، المبسوط، ج/ ٢١، ص: ٦٢، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج/ ٤، ص:١٩٣، القرافي، الذخيرة، ج/ ١٠، ص: ٣٥.

والمنظمة لعملية فض النزاع، كما أنه لن يكلف الخصوم مشقة التنقل أو النفقات الباهظة، لقصر زمن التقاضي.

**ثالثاً: اختصار الإجراءات الشكلية وسهولة تنظيمها**

تعمد الأعراف المحلية والدولية إلى إجراءات شكلية كثيرة لفض النزاعات، وهذه الإجراءات الشكلية لها مصلحة معتبرة ترجحها، فإن اتخاذ جانب الحيطة والحذر والتوخي في الدقة في إجراءات التقاضي هو ما حدى بالفقهاء والقضاة وكل من تبعهم ممن يتصدر مهمة الفصل بين الخصوم إلى القول بوجوب تنظيمها بمثل هذه الشكلية، والمقصد من كل ذلك: الوصول إلى حكم قائم على الحق والعدل، والحرص من مظنة الظلم أو الجور، ولذلك تُتخذ كافة الأمور الموضوعية والشكلية لخدمة هذا المقصد الجليل، إلا أن هذه الشكليات في التقاضي، قد تصبح معوّقاً إذا ما نظرنا إلى كثرة التعقيدات التي تتطلبها المحاكم، والمدد المطلوبة لتنفيذ إجراء معين، وما ذلك إلا لكثرة القضايا المنظورة، فأمام هذه الشكليات كان للتحكيم ميزة إمكانية اختصار مالا يتعارض مع أصول إحقاق الحق، وبالتالي يمكن تنظيم عملية التحكيم وفق إجراءات أسهل وأيسر تخدم ذات المقصد وتوصل للحق والعدل ولكن بأسلوب أيسر، يبدأمن كيفية اختيار المحكم، ثم يتبعه بكيفية الاتفاق على مكان وزمان الجلسات، ثم كيفية التواصل لإجراءات الدعوى التحكيمية، ثم كيفية التنفيذ بما يخدم مصلحة الأطراف.

**رابعاً: السريـــة في عرض النـــزاع وإجراءاته**

إن علنية الجلسات التي تجري في أروقة المحاكم تعد واحدة من ضمانات العدالة، وهذا مما لا شك فيه، إلا أنها في المقابل تسبب حرجاً كبيراً عند كثير من الناس، قد تودي بهم إلى التخلي عن المطالبة بحقوقهم خوفاً من إذاعة أسرارهم ونزاعاتهم، مهما كانت بسيطة، فهذه من المسائل الحساسة في كل التنظيمات القضائية، وأحياناً تتفاوت مسألة الرغبة عند الخصوم في عدم اطلاع الآخرين على موضوع النزاع بسبب مكانتهم الاجتماعية، أو بسبب مكانتهم المالية، خصوصاً في ظل المعاملات المالية الحديثة التي تدخل في سلكها كيانات اقتصادية وتجارية ومصرفية، قد يكون في إطارها مخاطر كبيرة من انتشار أي شيء يتعلق بأسرار تنظيماتها [1]، فالتحكيم يخدم

[1] فالسّـرية عزيزة على الخصوم التجار – كما يقول الدكتور محسن شفيق – لأن العلانية القضائية قد تنقلب وبالاً إذاكان من شأنها إذاعة أسرار صناعية أو اتفاقات خاصة، يحرصون على إبقائها سراً مكتوماً، وكم من تاجر يفضل خسارة دعواه على كشف أسرار تجارية تمثل في نظره قيمة الحق الذي يناضل من أجله في الدعوى، خذ مثلاً اتفاق سري بين مصنع للأسلحة ودولة تخوض حرباً، فإذا نشأ خلاف بينهما على إحدى الصفقات، فهل من مصلحتهما عرض النزاع على القضاء العادي ؟ حيث يقتضي الأمر الجهر بمضمون الاتفاق في علانية تشمل المرافعات والمذكرات والحكم ؟ أليس من الخير لهما إحالة النزاع إلى التحكيم في غلاف من السرية يناسب طبيعته. شفيق، محسن، التحكيم التجاري الدولي: دراسة في قانون التجارة الدولية، ص: ٢٨.

أطراف النزاع لما يقوم على سرية الإجراءات وعدم إشاعة أسباب النزاع أو نتائجه، مما يضفي جانباً من الثقة في اللجوء إلى هذه الوسيلة والاطمئنان إليها أكثر من غيرها.

**خامساً: الوصول إلى الحكم بطريقة مُـــرضية غالباً**

إن نجاح العملية التحكيمية يقوم على فكرة إنهاء النزاع بطريق تضيق فيه مجال الخصومة وتورث بدلاً منه علاقات ودية بين أطراف النزاع، لأن التحكيم في هذا المجال يشبه الصلح في إمكانية وجود الحلول الوسط، وهي من الميزات التي تجذب الخصوم للجوء إليها ويفضلونها على التقاضي العادي، ولذا يرى البعض أن القضاء العادي في كثير من الأحيان يورث علاقات محطمة بين الخصوم، فالخصوم أمام القضاء يغلب ادعاء أحدهما على ادعاء الآخر ثم يصرفهما غريمين، هذا رابح فَرِح، وذاك خاسر محسور، بينما يتميز التحكيم بأنه صاحب العلاقات المتصلة يجيئ إليه الطرفان باتفاقهما والعلاقات قائمة بينهما، وينصرفان منه ولا تزال العلاقات قائمة وقد اقشع ما أسدل عليها من خلاف[1]، وهو مما يسعى إليه التحكيم.

هذه بعض من المزايا العامة التي تقوم عليها حكمة مشروعية التحكيم، فيما سيكشف البحث عن أمور وحكم أكثر من ذلك ستظهر من خلال العرض الدقيق لعملية التحكيم، والتي تضفي لقناعة القاريء مزيداً لدعم وتبني هذه الوسيلة لفض الخصومات عوضاً عن غيرها من الوسائل والطرق.

## المطلب الثالث: طبيعة التحكيم في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية

يختلف الفقهاء وكذا القانونيون في تحديد طبيعة التحكيم تبعاً لاختلافهم في تكييف نشأة التحكيم، فابتداء التحكيم يكون باتفاق بين الخصوم لتولية من يفصل بينهم في الخصومة، ثم ينتج عن عملية التحكيم – التي تحاكي إجراءات التقاضي في صورة الدعوى القضائية – حكماً يوازي الحكم الصادر عن القاضي، وبناء على هذه الصورة العملية في شكل حكومة التحكيم، وقع الخلاف بين الفقهاء في تحديد طبيعة التحكيم، وهي مسألة هامة إذ يترتب عليها آثار تتعلق بإجراءات عديدة أثناء نظر الخصومة وكذلك ترتب آثاراً بالنسبة للحكم الصادر وقيمته، وأستعرض فيما يأتي صورة الخلاف عند الفقهاء ثم صورته في النظريات القانونية:

**أولاً: طبيعة التحكيم عند الفقهاء**

اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة التحكيم، عند محاولتهم وضع تفسير لكيفية نشوء التحكيم، فظهر الخلاف بينهم في اتجاهين: اتجاه النظرية العقدية واتجاه النظرية القضائية، وسبب الخلاف

---

[1] المرجع السابق، ص: ٣٢.

يظهر في الإجابة على التساؤل التالي: وهو أن التحكيم هل يُنظر في تفسيره إلى ابتداء إرادة الخصوم فقط وبالتالي يغلب عليه الجانب العقدي، أم يُنظر في تفسيره على أنه عمل يوازي عمل القضاء وبالتالي يغلب عليه الجانب القضائي ؟

**الاتجاه الأول: اتجاه النظرية العقدية**

ومفاد هذا الاتجاه أن التحكيم ينشأ بمحض اتفاق بين الخصوم، وينتج أثره بولاية تُعطى للمحكم أيضاً بإرادة الخصوم، وبالتالي فإن التحكيم عقد من العقود غير اللازمة، التي يحكم إطارها أركان وشروط الاتفاقات العقدية، وما الحكم الصادر من المحكم سوى أثر من آثار هذا الاتفاق، وبالتالي فإن التزام الخصوم بتنفيذه يكون منطلقه الالتزام العقدي تجاه آثار العقد المبرم بين أطرافه، قياساً على المضاربات والوكالات والشركات، وأثر هذا الرأي يظهر في أن أطراف النزاع يصح لهم نقض الاتفاق في أي مرحلة من مراحل التحكيم قبل صدور الحكم[١]، وهذا الرأي تبناه الحنفية[٢] والشافعية[٣] وبعض الحنابلة [٤] وسحنون من المالكية[٥].

**الاتجاه الثاني: اتجاه النظرية القضائية**

يذهب أصحاب هذا الاتجاه من الفقهاء إلى النظر في تفسير التحكيم إلى الوظيفة التي يقوم بها المحكم بين الخصوم، فالمحكم لا يعدو أن يكون قاضياً في خصومة معينة، ويستند إلى ذات الأصول التي يستند إليها القاضي العادي، كما أنه يصدر حكماً يتوافق في طبيعته مع الحكم الصادر من القاضي العادي، سواء من حيث إجراءات إصدار الحكم أو أثر ذلك الحكم بالنسبة للخصوم، وابتداء إرادة الخصوم في تولية المحكم لا علاقة لها بعد ذلك في سير عملية التحكيم، تماماً كتوجه الخصوم إلى القاضي بمحض إرادتهم، فإن الإرادة بعد بدء إجراءات الدعوى أمام القاضي لا يعود لها أثر معتبر، وبالتالي فإن الاتفاق الأولي أثبت ولاية الحكم للمحكم، وأنشأ له سلطة النظر في الخصومة كالقاضي المولى، وقد تبنى هذا الرأي جمهور المالكية[٦] وبعض الحنابلة[٧].

---

[1] وسيأتي تفصيل هذه المسألة وأثرها في اشتراط دوام الرضا في الفصل القادم بإذن الله.

[2] برهان الدين مازة، المحيط البرهاني، ج / ٣، ص: ٢٦٠٠، الزيلعي، تبيين الحقـائق، ج / ٤، ص: ١١٩٣، ابن نجيم، البحر الرائق، ج / ٧، ص: ٢٦.

[3] النووي، روضة الطالبين، ج / ١١، ص: ١٢٢، الماوردي، أدب القاضي، ج/ ٢، ص: ٣٨٠ – ٣٨١.

[4] المرداوي، الإنصاف، ج /١١، ص: ١٩٩، ابن قدامة، الكافي، ج / ٤، ص: ٤٣٦.

[5] محمد عليش، منح الجليل، ج / ٨،ص: ٣٠١، القرافي، الذخيرة، ج /١٠، ص: ٣٧.

[6] الباجي، المنتقى، ج /٥، ص: ٢٢٧، الدسوقي، الحاشية، ج /٤، ص: ١٤٠ – ١٤١.

[7] المرداوي، الإنصاف، ج / ١١، ص: ١٩٩، مطالب أولي النهى، ج /٦، ص: ٤٧١ – ٤٧٢.

أقول: والناظر للاتجاهين السابقين عند الفقهاء يجد أن طبيعة التحكيم تحتمله، فالتحكيم إذا كان يبتديء بعقد، فهو ينتهي بحكم، وإذا كان يخضع لقواعد القانون المدني من حيث انعقاده، فإنه يخضع لأصول التقاضي من حيث آثاره ونفاذ إجراءاته، وإذا كان يبطل بما تبطل به العقود، فإن حكمه يُطعن فيه كما يطعن –في كثير من الأحيان – في الأحكام القضائية، وينفذ كما تنفذ الأحكام[١]، وبالتالي نحن أمام حقيقتين لا يمكن أن نتمسك بواحدة منها لننحي الأخرى أو نتجاهلها، في ضوء ذلك لا بد أن نكيف طبيعة التحكيم دون أن نرجّح كفة على أخرى، وهو ما سيظهر بعد أن نعرف موقف الاتجاهات القانونية الحديثة في تفسيرها لطبيعة التحكيم.

**ثانياً: طبيعة التحكيــم في القانــون**

لم تكن الاتجاهات القانونية ببعيد عن توجهات الفقهاء في تفسير طبيعة التحكيم، حيث تبنت الآراء كلا الاتجاهين السابقين، فأنصار النظرية العقدية يعتبرون اتفاق التحكيم ثم إجراءاته ثم الحكم الناتج عنه ماهي إلا مراحل متتالية لتنفيذ بنود عقد اتفاقي، ومن ثم فإن اتفاق التحكيم يستغرق عملية التحكيم برمتها، أما حكم التحكيم فإنه لا يقارن لا هو ولا عمل المحكم فيه بالقاضي وحكمه، وإنما يصل إلى نتيجة الحكم كمحصلة نهائية لتطبيق شروط التحكيم التي اتفق عليها أطراف النزاع، فهذا الحكم مرتبط بوجوده وصحته بوجود اتفاق التحكيم وصحته، فالنطاق الشخصي والموضوعي في التحكيم يتم تحديده بالاتفاق بين الأطراف بدءاً من اختيار المحكم ثم القانون والمدد والإجراءات...الخ، وفق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وباعتبار أن العلاقة القائمة بين المحكم وأطراف النزاع تقاس على عقد الوكالة أو عقد الإجارة [٢].

وأما أنصار النظرية القضائية، فينبهون إلى أن تحديد طبيعة أي نظام إنما يعتمد معايير موضوعية تتعلق بأصل وظيفته، وليس على معايير عضوية أو شكلية تتعلق بشخص من يؤدي هذه الوظيفة، أو بما هو عارض في أدائها، فإذا كان التحكيم يقوم بذات الوظيفة التي يقوم بها قضاء الدولة – وهي حسم النزاع وتحقيق العدالة بين المتنازعين – فإنه يكتسب بالضرورة الطبيعة القضائية، وعليه يكون إقامة العدل بين الناس له طريقان: عام تقيمه الدولة، وآخر خاص يقيمه الخصوم أنفسهم، أما أن الاتفاق أداة تحريك لهذا النظام، فإنه إجراء خاص لا يؤثر على جوهر وظيفته القضائية [٣].

---

[1] أنظر: أبو الوفا: عقد التحكيم وإجراءاته، ص: ١٨.

[2] أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ص: ١٩، التحيوي، محمود السيد، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، ص: ٣٠، ٥٥.

[3] المراجع السابقة، وانظر: جمال، مصطفى محمد و عبد العال، عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية، ص: ٤٠ – ٤١.

وبعد هذين الاتجاهين نشأ اتجاهان جديدان في محاولة التوفيق بين حقائق النظرية العقدية والنظرية القضائية، فيما يسمى بالنظرية المختلطة والنظرية المستقلة، كما يأتي:

**ثالثاً: اتجاه النظرية المختلطة**

يبني القائلون بهذه النظرية اتجاههم على أساس أن كلا من النظريتين العقدية والقضائية قد أصابتا جانباً من الحقيقة، فالتحكيم ليس اتفاقاً محضاً ولا قضاءً محضاً، إلا أن إطلاق الأخذ بأحدهما دون الآخر يثير كثيراً من الصعوبات، فالأصوب والحال هذه القول بالجمع بينهما، واعتبار نظام التحكيم له طبيعة مزدوجة أو مشتركة، يرصد من خلالها التأثير المزدوج في نظام التحكيم القائم بالأمرين: الأول العقد: نتيجة احترام سلطان الإرادة، وأن فكرة العقد هي التي تجسد مبدأ سلطان الإرادة، والثاني فكرة القضاء: من حيث اقتضاء الحق في حالة نشوب نزاع بين الخصوم عن طريق الانصياع لحكم القانون والعدالة [١].

**رابعاً: اتجاه النظرية المستقلة**

بعيداً عن التفرد بأحد الجانبين العقدي والقضائي وبعيداً عن محاولة إيجاد حد زمني فاصل بين الطابع العقدي والطابع القضائي، ظهر جانب يدعو إلى اعتبار طبيعة خاصة مستقلة للتحكيم، وأنه لا يمكن تفسيره من ضوء المبادىء التقليدية لمحاولة ربطه بالعقد أو بالحكم القضائي، وإنما يُنظر إلى الهدف الذي يرمي إليه الخصوم من اللجوء إليه ألا وهو العدالة على أسس تختلف عن المفهوم التقليدي للعدالة أمام المحاكم، ووفق هذا الاتجاه، ينتهي التحكيم إلى كونه أداة خاصة لتطبيق قواعد خاصة يتحقق من ورائها الهدف الذي يسعى الخصوم إلى الوصول إليه [٢].

أقول: والناظر إلى الاتجاهات السابقة في طبيعة التحكيم في رأي الفقهاء أو القانونيين يجد أن المشكلة تكمن في أثر القول بواحدة من هذه النظريات:

فالنظرية العقدية لا تعطي صفة الإلزام بالنسبة لعمل التحكيم ولا تستطيع أن تفسر جواز الطعن بحكم التحكيم، والنظرية القضائية لا تضفي حماية قضائية لعمل المحكم ولا للمراكز القانونية كتلك التي تكون في وظيفة القاضي، أما النظرية المختلطة فالقول بها سيؤدي إلى وجود متناقضات لأنها ستجمع بين نظامين مختلفين، كما أن الحد الزمني الفاصل بين النظامين في الطبيعة المختلطة مجهول، فمتى يمكن أن نقرر الانتقال من الجانب التعاقدي إلى الجانب

---

[1] راشد، سامية، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ص: ٧٠، شفيق، محسن، التحكيم التجاري الدولي: دراسة في قانون التجارة الدولية، ص: ٧٣.

[2] سعد، إبرهيم نجيب، حكم المحكم، أنظر: أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ص: ١٨ – ١٩، التحيوي، محمود السيد، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، ص: ٣٤٤ وما بعدها.

القضائي، والعكس[١]، فمثل هذا الوصف يعتبر بمثابة عجز أو محاولة للهروب من مواجهة الحقيقة بأبعادها المختلفة، والواجب في مواجهة مثل هذه الحقائق المركبة بتحليلها وردّها إلى عناصرها المميزة، وتحديد دور كل عنصر ومظاهره في كل مرحلة [٢].

ولذا فالأنسب اعتبار الطبيعة الخاصة ( المستقلة ) لنظام التحكيم، إعمالاً لمجموع أعمال التحكيم، ونظراً إلى مظاهره في جميع المراحل، فاتفاق التحكيم وإن كان عقداً يتمتع بالخصائص العامة للعقود، إلا أنه يتميز عنها بهدفه وموضوعه، فهدفه ليس إقامة علاقة قانونية مبتدأة بين طرفين مالية كانت أو شخصية، وإنما تسوية النزاع الناشئ عن علاقة قانونية سابقة، وموضوعه ليس التراضي على تسويه نهائية للنزاع محدده بذاتها، وإنما إقامة كيان عضوي ترفع إلية ادعاءات الطرفين لتولي الفصل فيها استقلالاً عنهما، أما عن عمل المحكم فدوره حسم النزاع وفقاً للمبادئ العامة التي يضعها النظام القانوني وأهمها مبدأ المساواة ومبدأ المواجهة إلى غير ذلك من المبادئ القضائية، فهو عمل قضائي لكن له ميزة خاصة تختلف عن ميزة الحكم القضائي، فالمحكم هنا يطبق اتفاق التحكيم للتعرف على حدود المنازعات التي تدخل في ولايته وللتعرف على القواعد الإجرائية والموضوعية الواجبة الإعمال في صدد النزاع، ويلتزم المعايير والضوابط التي يضعها النظام القانوني لصحة الاتفاقات، وهذه ميزة الخصوصية والاستقلالية التي تبعدنا عن القوالب التقليدية لتحديد طبيعة التحكيم[٣]، لنقول بالطبيعة المستقلة الخاصة لاتفاق التحكيم، والطبيعة المستقلة الخاصة لحكم التحكيم، ولأنه لا يمكن التملص من تأثير أحد من جانبي المنازعة فلا بد من الاعتراف بمجموع عملهما بطريقة اتفاقية خاصة.

## المطلب الرابع: أنواع التحكيم وكيفية الاتفاق على التحكيم

لا توجد تقسيمات شكلية للتحكيم عند الفقهاء القدامى، ولا يهم عندهم الاعتبار الذي تخرج فيه بصورته، لأن التحكيم عند الفقهاء مادام تم وفق الشروط الشرعية فإنه يكون منعقداً ومرتباً لجميع آثاره، ثم إن التعاملات التي تطلب ذلك التنوع الذي نشهده في العصر الحالي للتحكيم بأشكاله، إنما استدعاه الواقع الحديث للتطور العلمي والفني والتقني لصناعة المال، مما دفع بالحاجة إلى تنظيم اللجوء إلى التحكيم وفق نوعية النزاع المطروح، ولا تتعارض هذه التقسيمات

---

[1] الشواربي، عبد الحميد، التحكيم والصلح في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، ص: ٣٤ – ٤٤، جمال، مصطفى محمد و عبد العال، عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية، ص: ٤٥.

[2] راشد، سامية، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ص: ٧١.

[3] جمال، مصطفى محمد و عبد العال، عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية، ص: ٤٧ – ٤٩، سعد، إبرهيم نجيب، حكم المحكم، أنظر: أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ص: ١٩.

مع أصول التشريع الإسلامي، لأن المصلحة والضرورة تفرضها، وكذلك يتوجب وفق مباديء السياسة الشرعية تنظيم التعامل بها مادامت وفق مظلة الشريعة الإسلامية السمحة.

وتتمايز أنواع التحكيم تبعاً لاعتبارات خاصة بآلية تشكيل هيئة التحكيم، أو تبعاً للمكان الذي تنعقد فيه، أو تبعاً لشكلية إصداره وفق الصلاحيات الممنوحة للمحكم، أو تبعاً لمدى إلزامية اللجوء إليه، كما يأتي:

**أولاً: التحكيم الحـــرّ والتحكيم المؤسسي**

أساس هذا التقسيم أن أسلوب نظام التحكيم يُصاغ في ضوء اختيار أطـــراف النـــزاع لآليـــة تشكيل الهيئة والقواعد والإجراءات التابعة لها:

فالتحكيم الحـــرّ: هو التحكيم الذي يقوم فيه الأطراف أنفسهم باختيار المحكمين واختيار قواعد التحكيم وإجراءاته، بعيداً عن أي مركز دائم أو مؤسسة دائمة للتحكيم، وللتحكيم الحـــرّ ميزاتـــه المستمدة من الثقة التي يوليها الطرفان في المحكم الذي يختارانه، وإمكانية الاتفاق على إجراءات تحكيم مناسبة للنزاع [1].

أما التحكيم المؤسسي، فهو التحكيم الذي يتم تنظيمه من قبل إحدى مؤسسات التحكيم، كأن يتفق الطرفان على حسم النزاع وفق نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية[2]، أو وفق قواعد التحكيم الخاصة بمركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي[3]، أو وفق نظام مركز التحكيم التجاري

---

[1] والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٣٨.

[2] تأسست **غرفة التجارة الدولية** في عام ١٩١٩ بهدف عام ما زال قائما دون تغيير ألا وهـو: خدمـة قطـاع الأعمال الدولي عن طريق تعزيز التجارة والاستثمار وفتح الأسواق للسلع والخدمات والتدفق الحر لرأس المال. ويعود الفضل في قوة الدفع الأولى لجهود الغرفة لرئيسها الأول، إتيان كليمنتل, وهو وزير تجارة فرنسي سابق. وبفضل ما كان يتمتع به من نفوذ تم تأسيس الأمانة العامة للغرفة في باريس، وكان دوره محوريا فـي إنـشاء محكمة التحكيم الدولية التابعة للغرفة في عام ١٩٢٣، وقد ذاع صيت الغرفة بحيث تخطى مرحلة الاعتراف بها منذ تلك الأيام التي أعقبت الحرب عندما اجتمع قادة قطاع الأعمال من دول الحلفاء لأول مرة في مدينة أتلانتك. وقد ضمت النواة الأولى للغرفة ممثلين من القطاع الخاص في بلجيكا وبريطانيا وفرنـسا وإيطاليـا والولايـات المتحدة ثم توسعت لتصبح منظمة أعمال دولية تضم في عضويتها آلاف الشركات والهيئات فـي حـوالي ١٣٠ بلدا. ويوجد من بين الأعضاء عدد كبير من الشركات الأكثر نفوذا في العالم وتمثل كل القطاعـات الـصناعية والخدماتية. أنظر: موقع المركز: www.iccwbo.org.

[3] **مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي** ("CRCICA")، وهي منظمة مستقلة غير ربحية – دوليـة أنشئت في عام ١٩٧٩ تحت رعاية: آسيا وأفريقيا والمنظمة الاستشارية القانونية ("المنظمة الاستشارية")، وفقـا للقرار الذي اتخذ في الدوحة في عام ١٩٧٨ لانشاء مراكز اقليمي للتحكيم التجاري الدولي في آسيا وأفريقيا و في عام ١٩٧٩، حيث أبرم اتفاق بين المنظمة والحكومة المصرية لإنشاء CRCICA لفترة تجريبية مدتها ثلاث سنوات. في عام ١٩٨٣، وأبرم اتفاق آخر بين المنظمة والحكومة المصرية منح مـن خلالهـا مركـز دائـم للCRCICA، ووفقا لاتفاق المقر المبرم في كانون الأول ١٩٨٧ بين المنظمـة والحكومـة المـصرية، تـم الاعتراف بمركز CRCICA كمنظمة دولية، مع منح المركز وفروعه كافة الامتيازات والحصانات اللازمـة لضمان أدائها المستقل. أنظر:موقع المركز: www.crcica.org.eg.

لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية[١]، أو وفق نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة الشارقة[٢]، أو مركز أبو ظبي[٣]...الخ والواقع أن كل واحد من هذه المراكز وغيرها المنتشرة على الصعيد الداخلي أو الإقليمي أو الدولي يقوم بتنظيم إجراء التحكيم وفق نظام قانوني إجرائي متكامل خاص به، يعتبر بمجرد الإشارة إليه جزءاً لا يتجزأ من اتفاق الأطراف، ويعتبر ملزماً لهم، ولا يجوز الرجوع عنه إلا باتفاق لاحق[٤].

**ثانياً: التحكيم المحلي والتحكيم الدّولي**

اختلفت الاجتهادات الحديثة في وضع معيار محدد للتفرقة بين التحكيم المحلي والدولي، وقد تباينت الآراء في تحديد هذا المعيار لما لهذه التفرقة من أهمية بالغة في تحديد كثير من الأصول

---

[1] تعود فكرة إنشاء **مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي** إلى السنوات الأولى لقيام مجلس التعاون لدول الخليج العربية، في منتصف الثمانينات، وبدت الحاجة إلى هذا المركز أكثر إلحاحاًبمرور الوقت نتيجة لزيادة حجم التبادل التجاري البيني، وزيادة حجم الاستثمارات في المنطقة، والدور المستقبلي المنوط بالقطاع الخاص فيما يتعلق بخطط التنمية الاقتصادية، وكان إيجاد آلية ديناميكية لفض المنازعات التجارية بين مواطني دول المجلس وبينهم وبين الغير أمر ملح يحقق من جهة رغبة أصحاب القرار السياسي باستكمال أطر مجلس التعاون إدارياً وتنظيمياً، ومن جهة أخرى يخفف العبء على كاهل المحاكم، ويلبي احتياجات القطاعات التجارية والصناعية والمالية المتنامية في دول المنطقة، وقد مرت عملية إنشائه وتمويله بمراحل متعددة استكملت أطرها الإدارية والتنظيمية بإعلان بدء العمل في المركز في مارس ١٩٩٥. عبدالله، أحمد نجم، واقع التحكيم التجاري بدول مجلس التعاون، وتجربة مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون، بحث مقدم لمؤتمر التحكيم والقضاء في الصناعة المالية المصرفية – الإمارات، ٦ يونيو / ٢٠١١، ص: ١٢ –١٣.

[2] نشأت **غرفة تجارة وصناعة الشارقة** بموجب القانون المحلى لإمارة الشارقة رقم (١) لسنة ١٩٨٠ المعدل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٣. وهى مؤسسة مستقلة ذات نفع عام لا تهدف لتحقيق الربح وتتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي والا دارى والأهلية الكاملة لتحقيق أغراضها بما يحقق مصالح أعضائها في إطار المصلحة العامة للدولة والإمارة. وتهدف الغرفة بالتعاون مع الجهات الحكومية ذات العلاقة بالدولة أو بالإمارة إلى رعاية مصالح قطاعات الأعمال الخاصة بغرض تطوير أنشطتها التجارية والصناعية والمهنية ولها في إطار المصلحة العامة رعاية مصالح أعضائها وتقديم الخدمات اللازمة لهم حماية لحقوقهم وتذليل ما يعترض ممارسة أنشطتهم من عقبات باعتبارها حلقة الوصل بينهم وبين الجهات الحكومية وذلك تحقيقاً لهدف أسمى وهو زيادة مساهمة قطاعات الأعمال في خطة التنمية الاقتصادية ونفع المجتمع. عبد اللطيف، شعبان رأفت، التحكيم في إمارة الشارقة، بحث مقدم لمؤتمر التحكيم والقضاء في الصناعة المالية المصرفية – الإمارات، ٦ يونيو / ٢٠١١، ص: ٤.

[3] تأسس **مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري** بتاريخ ١٩٩٣/١/٣ ويهدف المركز إلى تلبية متطلبات التجارة المحلية والدولية وجذب المزيد من الاستثمارات إلى إمارة أبوظبي فضلاً عن دوره في تخفيف العبء عن كاهل القضاء وقد تبنى المركز الانضمام إلى اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية كما قررت الدولة اعتماد مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري في كافة عقود المقاولات والتصميم و البناء التي تبرمها الدوائر الحكومية في إمارة أبوظبي مع المقاولين، وتأسياً لهذه الخطوة فقد تبنت كافة شركات البترول في إمارة أبوظبي ذات التأثير البالغ على اقتصاد الإمارة بصفة خاصة والدولة بصفة عامة القواعد الخاصة بالتحكيم لدى المركز في اتفاقاتها وعقودها مع الشركات الأجنبية العاملة في مجال صناعة النفط في الإمارة ومن أهم هذه الشركات شركة بترول أبوظبي الوطنية "أدنوك" بالإضافة إلى فروعها الأخرى، وكذلك شركات قطاع الماء والكهرباء والمؤسسات المالية وقطاع الاتصالات إلى غيرها من الشركات الكبرى والتي تساهم في دعم الاقتصاد الوطني. الجنيبي، عون، تجربة مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري، ورقة مقدمة لمؤتمر التحكيم والقضاء في الصناعة المالية المصرفية – الإمارات، ٦ يونيو / ٢٠١١.

[4] حزبون، جورج، دور هيئة التحكيم في إجراءات التحكيم الوطني والخاص الدولي، دراسات( الجامعة الأردنية )، علوم الشريعة والقانون، ص: ٤٠٦ – ٤٠٧.

الإجرائية لنظام التحكيم، بدءاً من اختيار جنسية المحكم، مروراً باختيار القانون الواجب التطبيق ثم بعد انتهاء الحكم الصادر في إمكانية الطعن بالقرار التحكيمي وكيفية ذلك، فإن جميع هذه الأصول الإجرائية تختلف عندما يكون التحكيم محلياً عنه إذا كان دولياً، ومن المعايير التي تم اقتراحها لتحديد دولية التحكيم أو كونه محلياً:

١- القانون الذي تم الاتفاق عليه، ويحدده اختيار الأطراف لقانون محلي، أو اتفاقية دولية، فإذا تم اللجوء إلى أحكام التحكيم الصادر عن الهيئات المحلية كان التحكيم محلياً، أما إذا تم اختيار اتفاقية نيويورك مثلاً لتمثل القانون الواجب التطبيق، كان التحكيم دولياً[1]، إلا أن اتخاذ القانون وحده سبباً في تدويل الحكم لا يعد منطقياً أمام إتاحة الحرية للمحتكمين في اختيار النظام الذي يقررونه في تطبيقه على نزاعهم، خصوصاً وأن التوجهات الحديثة ترنو سبل الشمولية والحياد لتتخطى نظم الإقليميات الضيقة، ولتسمح أن تكون أنظمتها صالحة لخدمة أكبر شريحة ممكنة في قطاع الصناعة المالية.

٢- المنازعة التي تم اللجوء بسببها إلى التحكيم، ويحددها إن كان النزاع يتعلق بمسألة دولية، أو بعبارة أخرى يتعلق بمصالح التجارة الدولية، والمقصود بمصطلح التجارة الدولية – كما عرفته محكمة النقض الفرنسية: تلك العقود التي تكون منطوية على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة، بأن تتضمن مثلاً: استيراد بضائع من الخارج أو تصدير منتجات وطنية إلى دولة أجنبية، أو بصفة عامة يترتب عليها حركة ذهاب وإياب للبضائع والأموال عبر الحدود[2].

٣- النطاق الجغرافي للدولة، ويحدده صدور حكم التحكيم داخل حدود الدولة أو خارجها، والحقيقة أنه لا يعوّل على هذا المعيار لتحديد دولية التحكيم، لعدم كفايته، فإذا افترضنا إجراءات

---

[1] حداد، حفيظة السيد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم، ص: ٤٧.

[2] اعتبر قانون الإجراءات الفرنسية أن التحكيم يعتبر دولياً إذا كان فيه النزاع متعلقاً بمصالح تجارية دولية – مكتفياً بهذا المعيار في تحديد دولية التحكيم، وهو ما أكدته الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي في هذا الموضوع:

– ففي قضية الشركة الوطنية العامة للنقل البحري قررت محكمة استئناف باريس أن التحكيم الواقع بين شركة ليبية وشركة سويدية، بخصوص نزاع متعلق بتنفيذ عقد إنشاء وتسليم ثلاث سفن بترولية في السويد يعتبر تحكيماً دولياً، لأنه متعلق بمصالح التجارة الدولية، وكذلك في قضية: SARL HEC قررت محكمة استئناف باريس أن التحكيم الذي يتم بين طرف مغربي وآخر فرنسي، بخصوص عمليات تعاون بصدد تطوير المغرب لسياسة التعليم المرئي والوسائل الإعلامية الحديثة، وبيع وتركيب مركز تعليم مرئي إلى المغرب ؛ فإنه يعتبر متعلقاً بمصالح التجارة الدولية طبقاً لنص المادة ١٤٩٢ من قانون الإجراءات المدنية.القرارات الاستئنافية الصادرة عن محكمة استئناف باريس،: ٢٠ / ٦ / ١٩٧١، ١٩ / ١٠ / ٢٠٠٠، أنظر: محمد، ناصر عثمان، معايير دولية التحكيم، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، الإمارات سنة ٢٠٠٨، ص:٥٦ – ٥٧، حداد، حفيظة السيد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم، ص: ٥١.

خصومة قد تمت في فرنسا، في حين أن الحكم قد صدر في تونس، فهل يعتبر هذا التحكيم فرنسياً أم تونسياً ؟ ففي هذه الحال يبقى التحكيم بغير هوية[١]، وهو أمر خطيرة آثاره إذا ما تكلمنا عن تنفيذ قرار التحكيم أو حتى طرق الطعن في ذلك القرار.

٤- اختلاف جنسية الخصوم: وهو معيار شخصي يتحدد بجنسية الأطراف أو مكان توطنهم، ولكنه وحده ليس بمعيار قوي يواجه أسس التفرقة بين تحكيم محلي أو دولي[٢].

وفي هذا الصدد نص القانون النموذجي ( اليونسترال ) على أن دولية التحكيم تتحدد بأحد الأمور التالية:

١- إذا كان مقرا عمل طرفي اتفاق التحكيم، وقت عقد ذلك الاتفاق، واقعين في دولتين مختلفتين.

٢- أو إذا كان مكان التحكيم – إذا كان محدداً في اتفاق التحكيم أو طبقاً له – واقعاً خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين، أو إذا كان أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق صلة به واقعاً خارج الدولة.

إذا اتفق الطرفان صراحةً على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة [٣].

وكما نلاحظ في المعايير السابقة فقد اعتمد القانون النموذجي العبرة في تحديد الأمكنة وقت انعقاد التحكيم وليس قبله، إلا أن تحديد الدولية بعبارة:" مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية" يشوبها نوع من الغموض، إذ كيف يمكن أن نضبط هذه الأهمية ؟ ثم من الذي سيحدد مقدار هذه الأهمية في تحول الحكم من محلي إلى دولي ؟ ولذا أجد أن استثناء هذه العبارة أولى من مجرد الاحتمال غير المنضبط، ومما يلاحظ على معايير القانون النموذجي: أنه لم يعتبر مسألة اختلاف الجنسية أو اتفاقها، وهي من الأمور التي تعد من إيجابيات القانون كونه يتجاوز بتطبيقه المعيار الشخصي في نظام التحكيم.

**ثالثاً: التحكيم العادي والتحكيم بالصلح**

وأساس هذا التقسيم مدى إمكانية السير وفق أحكام القانون الإجرائي وتطبيق القانون الموضوعي على النزاع أو عدم تطبيقها، ففي الحالة الأولى نحن أمام تحكيم عادي، أما في حالة

---

[1] خالد، هشام، معيار دولية التحكيم التجاري، ٥١ – ٥٣.

[2] المرجع السابق، ص: ٥٨ – ٥٩.

[3] القانون النموذجي، اليونسترال،( A/40/17 )لسنة ٢٠٠٦، الدورة التاسعة والثلاثون، المادة ( ١ / ٣: أ، ب، جـ )، ولم تنص التنقيحات الواردة في القواعد لسنة ٢٠١٠ على معيار الدولية، ذلك أن تقرير اللجنة الدوري الذي عقد عدة مرات إنما استهدف القواعد المتعلقة بالإجراءات، والاتفاق والحكم، وبالتالي لا يعني أن وجود التنقيحات الجديدة تلغي بالضرورة المفاهيم التجارية التي سبق أن قررتها اللجنة في دوراتها السابقة، مما يجعل الحديث عن هذه المسألة من باب العرف التجاري الذي سبق تقريره، وتلافياً لأمر تكرارها.

التحكيم بالصلح: فإن المحكم المفوّض بالصلح لا يتقيد بأوضاع المرافعات وقواعد القانون، ولا يكون حكمه قابلاً للطعن، ولا يصح اعتبار المحكم مفوضاً بالصلح، إلا إذا وضحت إرادة الخصوم وضوحاً تاماً صريحاً وكانت ترمي إلى ذلك، كما أنه يجب أن تفسر إرادتهم بالحيطة والحذر وعدم التوسع رعاية لذات حقوقهم [١].

**رابعاً: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري**

وهذا التقسيم يستند إلى مدى إلزامية اللجوء إلى التحكيم في حل المنازعات، وإذا كان الأصل أن اللجوء إلى التحكيم يكون باتفاق واختيار طوعيّ من أطراف النزاع، إلا أنه وفي حالات معينة قد يوجب نظام الدولة طرح النزاع على هيئة التحكيم وعدم اللجوء إلى القضاء العادي[٢]، كالنزاعات التي تكون بين شركات القطاع العام، والمؤسسات العامة، مثل مؤسسة النقل أو دائرة الجمارك وغيرها.

[1] تَــردُ عادة – في مشارطات التحكيم – عبارات يختلف الرأي فيما إذا كان يقصد بها اعتبار المحكم مفوّضــاً بالصلح أم غير مفوّض به، من ذلك مثلاً: الاتفاق على جعل الحكم غير قابل لأي طعن، أو الاتفاق على إعفائه من مراعاة أحكام قانون المرافعات،فمثل هذه العبارات لا تكفي في ذاتها لاعتبار المحكم مفوّضاً بالــصلح. أبــو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ص: ٤١.

[2] التحيوي، محمود السيد، أنواع التحكيم وتمييزه عن الصلح والوكالة والخبرة، ص: ١٦٠ – ١٦٣.

## المبحث الثاني: مفهوم الصناعة المالية الإسلامية وعلاقته بوسائل فض نزاعات الاستثمار

يشير المعنيون بالصناعة المالية الإسلامية إلى أن مستقبل هذه الصناعة وتطورها ومكانتها على الصعيد التنافسي محلياً ودوليا مرهون بالقدر الذي تمتلك فيه هذه الصناعة أدوات ناجحة لإدارة منتجاتها منسجمة مع المعايير الرقابية والإشرافية الدولية بحيث يتوقع لها أن تكون أكثر منافسة في الأسواق الدولية من حيث الكفاءة والجدارة المالية بالمقارنة بنظيرتها التقليدية –مع تحييد الجانب المتعلق بالالتزام الشرعي –، وتعد إدارة أمور النزاعات واحدة من النوافذ الهامة في ضبط أسس هذا الانسجام، من خلال إيجاد الآليات العملية الآنية والمستقبلية للتعامل مع هذه المنازعات بما يمنح استقراراً للجانب القانوني في الصناعة المالية الإسلامية وبالتالي يمهد الطريق لتلك الصناعة لتعزز تقدم عجلة الاقتصاد الوطني عبر اقتصاديات متينة [١]، والسؤال الذي يطرح في هذا المقام، هل حقاً تشكل المؤسسات المالية قوة اقتصادية يمكن أن يعتمد عليها في تطوير مركز اقتصادي منافس في العالم، يكون قادراً على سن التشريعات الموائمة وصياغتها، وإيجاد الحلول للمشاكل والمعوقات الناشئة ؟ وبالتالي أين يكمن وجود التحكيم كآلية ووسيلة لفض نزاعات الاستثمار أمام عمل هذه المؤسسات ؟ تجيب السطور التالية عن مجمل هذه التساؤلات، لتكون مقدمة لفهم آلية التحكيم كوسيلة بديلة عن القضاء في حسم خلافات الصناعة المالية.

### المطلب الاول: التعريف بالصناعة المالية

الصناعة المالية مصطلح حديث أنتجته الحاجة إلى التعاون بين القائمين على تطوير المنتجات المالية في أواخر القرن الماضي، وفرضته الظروف الاقتصادية التي دعت إلى توحيد أسس العمل بين المؤسسات المالية المختلفة للوصول إلى نتائج إيجابية تدعم تلك المنتجات المالية وتنظم نشاطاتها وتطور آليات التعامل بها، ويوازي تعريف الصناعة المالية في المؤسسات التقليدية مفهوم الخدمات المالية والتي تعنى بصناعة التمويل الذي يشمل ما تقدمه مقومات هذه الصناعة المالية من مؤسسات تشمل: المنظمات والاتحادات الائتمانية، والمصارف، وشركات

---

[1] البادي، محمد، في كلمة ألقاها في افتتاح جلسات مؤتمر " التحكيم والقضاء في الصناعة المالية الإسلامية " الذي عقده: معهد التدريب والدراسات القضائية.

بطاقات الائتمان، وشركات التأمين، وشركات التمويل الاستهلاكي، وشركات سمسرة الأوراق المالية، وصناديق الاستثمار، وبعض المؤسسات التي ترعاها الحكومة[١].

**المطلب الثاني: دورهيئات المؤسات المالية الإسلامية في دعم الصناعة المالية.**

يحقق تكامل الصناعة المالية الإسلامية تقدمًا ملحوظًا من خلال تكامل مؤسساته وهيئاته التي تقدم خدمات الدعم والتدقيق للمنتجات المالية المحلية والإسلامية العالمية، فالمؤسسات المالية الإسلامية تعمل في ٣٨ دولة و تتجاوز أصولها ٢٩٢ مليار دولار ويبلغ حجم عملياتها التمويلية حوالي ٥ر١٥٨ مليار دولار، ويعد تكامل الهيئات والمؤسسات المالية الإسلامية تطوراً علمياً وتوسعاً يتناسب والاحتياجات المستقبلية، نذكر من هذه المؤسسات: البنك الإسلامي للتنمية الذي أنشيء عام ١٩٧٥ وكان له دور مميز في دعم مشاريع الخصخصة في الدول الإسلامية،والمجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية والسوق المالية الإسلامية الدولية الذي أنشيء عام ٢٠٠١، والوكالة الإسلامية الدولية للتصنيف ومركز إدارة السيولة، ومجلس الخدمات المالية الإسلامية الذي أنشيء عام ٢٠٠١ [٢]، ومن المهمات التي قامت بها هذه المؤسسات في دعم الصناعة المالية ما يأتي:

**أولاً: التوعية والتوجيه والتطوير وتوفير المعلومات وادخال المفاهيم والمعاني الاقتصادية الإسلامية في التعامل المالي، لتمييزها عن الفكر المالي التقليدي في التصورات والتطبيقات الاقتصادية من حيث التأصيل الشرعي للمنتجات المالية وتطبيقها**، وكخطوة في هذا المجال تم إنشاء هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، والتي دأبت منذ تأسيسها عام ١٩٩١ على تلبية حاجات المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية من خلال صياغة الأطر التي تعمل فيها هذه المؤسسات والمصارف لخلق أدوات مالية إسلامية جديدة من خلال تفعيل كل

---

[1] The financial industry, or financial services industry, includes a wide range of companies and institutions involved with money, including businesses providing money management, lending, investing, insuring and securities issuance and trading services. The following institutions are a part of the financial industry: Banks  Credit card issuers  Insurance companies  Investment bankers  Securities traders  Financial planners  Security exchanges. By: EconomyWatch Team, 30 Jun 2010, http://www.economywatch.com/world-industries/financial-services.html

[2] قنطقجي، سامر، مؤسسات البنية التحتية للصناعة المالية، ص: ٣، يوسف بن عبدالله الشبيلي، أهمية وجود ثقافة مؤسسية في المؤسسات المالية الإسلامية، بحث مقدم لمؤتمر الدوحة الثاني للمال الإسلامي، أوكتوبر / ٢٠١١، ص: ٩٩ –١٠٠.

الجهود الممكنة والمتوفرة في مجال العمل المالي والمصرفي[١]، وتسعى الهيئة لهدف نشر العمل بمعاييرها لتكون قانوناً موحداً بين المؤسسات المالية والمصرفية الإسلامية محلياً وعالمياً.

**ثانياً: حماية الصناعة المالية من الإنحرافات في مسار التجربة،** إيماناً بضرورة وأهمية العمل الجماعي في إنجاح المشاريع الداعمة للصناعة المالية الإسلامية، ومن الخطوات العملية التي تم اعتمادها لتحقيق مبدأ الحماية،إنشاء مراكز التحكيم والوساطة كالمركز الدولي للمصالحة والتحكيم الذي نشأ بتضافر جهود كل من البنك الإسلامي للتنمية والمجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية والذي بدأ نشاطه الفعلي في يناير/٢٠٠٧م، وتلبي مثل هذه المؤسسات التحكيمية الحاجة الملحة للتعاملات المالية: وهي سد الفراغ في مجال فض النزاعات في فقه المعاملات المالية بناء على أحكام الشريعة الإسلامية وبالسرعة والمهنية المطلوبتين، ولتجنب المؤسسات المالية الإسلامية من الاحتكام إلى المحاكم الغربية التي استبعدت أحكام الشريعة الإسلامية لأسباب متعددة [٢].

**ثالثاً: تقديم سلسلة واسعة من المنتجات المالية يختار منها عملاء المؤسسات ما يناسبهم من خلال تقديم مزيج من التمويل الذي يتناسب واحتياجات كل مشروع،** وقد عمدت المؤسسة الإسلامية لتنمية القطاع الخاص، والتي تمثل واحدة من دعائم بنية الصناعة المالية- إلى تبني هذه المهمة، أما المنتجات والخدمات الرئيسة التي تقدمها، فهي:

١- **التمويل المباشر:** بتقديم التمويل المباشر عن طريق الاكتتاب وشراء الأسهم، وتقديم التمويل لأجل للمشاريع الإنتاجية والربحية أو للشركات العاملة في الدول الأعضاء دون أن تكون المساهم الأكبر الوحيد في أي مشروع، كما لا تحصل على أغلبية رأسمال المشروع المعني، و لا تتحكم في المصالح المتأتية منه، ما لم يتعارض ذلك مع مصالحها.

٢- **إدارة الأصول** حيث تعمل المؤسسة مديراً (مضاربا) أو راعيًا للأموال التي توفرها المؤسسات الاستثمارية الأخرى، إذ يمكن لها أن تنشئ رؤوس أموال مشتركة أو صناديق قطاعية لتمويل المشروعات أو الشركات.

٣- **هيكلة التمويل :** حيث تقوم المؤسسة بهيكلة وتشكيل وترتيب وإدارة التمويلات الجماعية، وتغطية إصدارات الأسهم وإصدارات الأوراق المالية وإدارتها، وتوظيف الأموال الخاصة واستثمارها.

---

[1] المعايير الشرعية: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المقدمة، ص: ز، يوسف بن عبدالله الشبيلي، أهمية وجود ثقافة مؤسسية في المؤسسات المالية الإسلامية، بحث مقدم لمؤتمر الدوحة الثاني للمال الإسلامي، أوكتوبر / ٢٠١١، ص: ٨٧ – ٨٨، وانظر: النشرة التعريفية بالمجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية: www.cibafi.org/Default.aspx

[2] د. عبد الستار الخويلدي، التعريف بأحكام وشروط منتجات الصناعة المالية، نشرة المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم ( نشرة نصف سنوية )، العدد الثاني – يوليو – ديسمبر ٢٠٠٩، يوسف بن عبدالله الشبيلي، أهمية وجود ثقافة مؤسسية في المؤسسات المالية الإسلامية، بحث مقدم لمؤتمر الدوحة الثاني للمال الإسلامي، أوكتوبر / ٢٠١١، ص: ١٠٠.

٤- **الخدمات الاستشارية** : وتقدم المؤسسة بالإضافة لما سبق خدمات استشارية للحكومات والشركات في القطاعين العام والخاص بشأن الجوانب الاقتصادية والمالية، والجوانب المتعلقة بالمؤسسات، والجوانب القانونية التي تتعلق، ضمن جملة أمور، بتهيئة البيئة المؤاتية لتنمية القطاع الخاص، وتمويل المشاريع وإعادة هيكلة الشركات / إعادة تأهيلها والخصخصة، والتمويل الإسلامي وتنمية أسواق رأس المال [١].

## المطلب الثالث: نطاق المنازعات التي تتعرض لها عملية الاستثمار والتمويل في المؤسسات المالية، والوسائل البديلة في حل هذه النزاعات

تعد مظاهر التنمية الاقتصادية بشكل عام سبباً في تدفق الاستثمار بكافة أشكاله بحسب إمكانيات الدولة المالية والجغرافية وضخامة البنية التحتية ومدى استيعابها لحجم الاستثمار، وبالتالي ما من باب يطرقه الاستثمار إلا وسنسمع منه صدىً لخلاف أو إشكال أو نزاع، فهذه طبيعة بشرية تحكمها متغيرات كثيرة فكرية وعوامل اجتماعية وسياسية، وعليه فإن مجالات النزاع في الاستثمار تظهر في المجالات التالية[٢]:

**أولاً: القطاع الزراعي:** وتظهر الاستثمارات الزراعية عادة عن طريق المشاريع القائمة بزيادة معدلات الإنتاج لزراعة المحاصيل الزراعية وتربية الحيوان، عن طريق تحسين وتطوير الوسائل الإنتاجية والخدمة التسويقية، ومن النزاعات التي تظهر في هذا المجال: الخلاف القائم بين المستثمرين على نوعية المنتجات، أو الخدمة التسويقية للبضائع، أو الاختلاف على الحقوق العمالية بالنسبة لتحديد الأجور، أو حدود الأراضي الزراعية ومصادر استعمال الماء والكلفة التشغيلية للري والزراعة، أو الاختلاف في نوعية المنتج الغذائي، وغيرها من النزاعات التي يمكن تصورها في مجال الإنتاج الزراعي والحيواني.

**ثانياً: القطاع الصناعي:** ويتميز في هذا المجال حركات الاستيراد والتصدير سواء من المواد الخام أو المصنعة، وكذلك الاستثمار في مدخلات الصناعات القائمة وتطويرها، ويشمل ذلك البترول والمعادن وما يتعلق بها من تنقيب وتقييم وغير ذلك، على أن مجالات الاستثمار في عقود البترول تطورت بشكل كبير لينشأ بسببها منظمات دولية تعنى بكل ما يتعلق بتنظيم الاستثمار فيها، وقد تقع النزاعات في هذا القطاع ابتداءً من عملية اختيار الآلات المستخدمة في

---

[1] قنطقجي، سامر، مؤسسات البنية التحتية للصناعة المالية، ص: ١٠ – ١١.

[2] أنظر في هذه المجالات: أحمد، عبد الله حسن، دور الجهاز المصرفي في دعم برامج الإصلاح الاقتصادي ( التجربة السودانية )، بحث مقدم إلى اتحاد المصارف العربية ضمن سلسلة أبحاث لمجموعة مؤلفين بعنوان: الصناعة المصرفية العربية وتحديات القرن الحادي والعشرين، ١٩٩٧، ص: ٩٢ وما بعدها " بتصرف ".

صناعة معينة، أو مخالفة الاتفاق بالنسبة لتقدير نسبة المواد الخام أو المصنعة وكونها مجدية بالنسبة للأرباح، أو المكان المراد استخراج المعادن منه، أو الاختلاف في الكلفة التشغيلية لهذه الآلات، أو الاختلاف في درجة الجودة والمعيارية بالنسبة لمنتج معين، أو الاختلاف على مقدار الطاقة الإنتاجية في فترة زمنية معينة بالنسبة للتكلفة المادية، وغيرها.

**ثالثاً: قطاع الإنشاءات، أو هندسة الإنشاءات:** ويشمل ذلك الاستثمار في قطاعات الاسكان والتعمير والصناعات الهندسية، وبالتالي يدعم الاستثمار في هذا المجال البنية العمرانية بالتعاون مع قطاع المقاولات والأشغال العامة، ويرد إلى هذا القطاع نزاعات متعددة قد يكون سببها العقود الأولية المبرمة وتشابكها بين الشركات في المشروع الواحد أو المشاريع المتعددة، وكيفية إدارة وتنفيذ هذه العقود، وقد يكون الخلاف ناشئاً في صلب العمل الهندسي ؛ كالتصميم والتنفيذ للأبنية المنشأة، أو في تقدير كمية الحديد اللازم للتسليح، أو في كيفية حساب كمية الخشب اللازم، أو في مواد العزل والصيانة، أو الترميم، وغيرها.

**رابعاً: المصارف والسوق المالية**[١]: والاستثمار في هذا المجال خصب جداً، نظراً لسعة مجال القطاع التجاري وتعدد الأنشطة التي تمارسها المصارف، والتي تصنف ضمن ثلاث مجموعات: مجموعة الخدمات المصرفية، ومجموعة الخدمات الاجتماعية، ومجموعة التسهيلات المصرفية، وبالتالي تتعدد أشكال النزاعات في الصناعة المصرفية تبعاً لتعدد أنشطتها، ففي مجال الخدمات المصرفية، تظهر النزاعات في كيفية حفظ الأوراق المالية، وبيع تلك الأوراق المالية وشرائها ( في الحدود المباحة بالنسبة للمصارف )، والخلاف على تأجير الصناديق الحديدية، وفي مجال التسهيلات المصرفية، تظهر النزاعات في إصدار خطابات الضمان وما يحيطها بالضمانات المقدمة من قبل الأطراف وأثرها على التخلف عن الوفاء بالالتزامات المفترضة، أو الخلافات الناشئة عن الاعتمادات المستندية، والعمولات المتفق عليها، وفي مجال الخدمات الاجتماعية، تظهر النزاعات في الصناعة المصرفية من خلال الإشكاليات المتعلقة بإدارة أو تنفيذ العقود المبرمة في إدارة الممتلكات والزكاة والوصايا وأموال الوقف بين المصرف والمؤسسات الأخرى، وقد ينشأ النزاع في ذات صيغ التمويل والاستثمار التي يقوم عليها عمل المصرف، كالخلاف في تنظيم عقود المضاربة والمشاركة والسلم والاستصناع، أو الخلاف الناشيء عن تنفيذ بنود هذه العقود أو الأرباح الناشئة، وغيرها.

---

[1] الخصاونة، أحمد سليمان، المصارف الإسلامية، ص: ٧١ وما بعدها " بتصرف ".

ومن خلال بيان هذه المجالات الاستثمارية نجد أن نطاق النزاعات يتسع بمقدار ما يحدثه التطور في كل واحدة من هذه المجالات، وهذا ماحدى المؤسسات المالية بالتفكير الجدي في إنشاء مراكز خاصة لتسوية هذه المنازعات، وإذا كان التحكيم بمثابة البديل الأول عن الحل القضائي، والأكثر مواءمة وسرعة وأثراً، إلا أنه وبجانب التحكيم ظهرت مجموعة من وسائل حل النزاعات الاستثمارية:

١- **كالوساطة والتوفيق (ADR)**[١]: وهي عملية يطلب فيها الطرفان إلى شخص ثالث أو أشخاص آخرين ( الموفق ) مساعدتهما في سعيهما للتوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشيء عن علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية، أو لنزاع متصل بهذه العلاقة [٢].

٢- ومنها **مجلس فض المنازعات في عقود الفيديك (FIDIC)**[٣]: وقد أصدر الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين عدة نماذج من شروط عقد الأعمال الهندسية، كنماذج للتعاقد بين المقاول ورب العمل والمهندس بالنسبة لهذه الأعمال، بأن أي نزاع ينشب يجب عرضه على المهندس الذي يجب أن يصدر فيه قراراً خلال ٨٤ يوماً، ويجب على الطرفين تنفيذ هذا القرار فوراً، وللطرف الذي يقبل القرار الاعتراض عليه خلال سبعين يوماً من إعلامه به وذلك باللجوء إلى التحكيم وفقاً لنظام غرفة التجارة الدولية [٤].

وتأسيساً لما سبق، نجد أن التوجهات الحديثة في الصناعة المالية ما عادت تحبذ فكرة توسع هذه النزاعات ولا اللجوء إلى القضاء لحل نزاعاتها، لما يشكل عليها من أعباء مالية ومخاطر قد لا تستطيع تداركها، وهنا بالذات يبرز دور التحكيم.

---

[1] الطرق البديلة لفض المنازعات ADR ) - Alternative Dispute Resolution ) او الطرق المناسبة لفض المنازعات كما تسمى في الوقت الحاضر Appropriate Dispute Resolution، ويعبر عنها احيانا "فض المنازعات DR ( Dispute Resolution)، وهي تشمل عدة بدائل، سوى التحكيم يمكن ترتيبها بحسب أهميتها، بالوسائل التالية: المفاوضات Negotiation، الوساطة او التوفيق Conciliation or Mediation،التقييم المحايد Neutral Evaluation وقد ينحصر بقرار جزئي بشان تحديد الحقائق Fact Finding، أنظر : http://www.arablaw.org.

[2] القانون النموذجي ( اليونسترال ) / القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لسنة ٢٠٠٢، المادة: ( ١ / ٣ )، الصليبي، بشير، الحلول البديلة للنزاعات المدنية، الوساطة القضائية، ص: ٥٩.

[3] يستند اختصار (FIDIC ) للترجمة الفرنسية:-Fédération Internationale Des Ingénieurs Conseils، وبالإنجليزية: International Federation of Consulting Engineers، أو الاتحاد الدولي للاستشارات الهندسية، وتقع فيديك في مركز التجارة العالمي في جنيف، سويسرا، وتهدف إلى تقديم استشارات الصناعات الهندسية على مستوي عالمي عن طريق ترقية فوائد العمل للشركات بتزويد الخدمات المدروسة القائمة على التكنولوجيا للبناء والبيئة الطبيعية. يدير معظمها المتطوعين، فيديك معروفة جيداً في صناعة الاستشارات الهندسية لعملها في تحديد شروط العقد لصناعة الإنشاءات عالمياً، أنظر: http://en.wikipedia.org/wiki/FIDIC.

[4] والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٢٨ – ٢٩.

وللانتقال إلى التحكيم – كموضوع للدراسة – أنهي هذا التمهيد بتعريف لمعيار التحكيم، وتعريف للقانون النموذجي ( اليونسترال )، باعتبارهما ذا صلة بموضوع هذه الدراسة:

**أولاً:المعيار الشرعي رقم ( ٣٢ ): التحكيـــم**

يمثل هذا المعيار مجموعة القوانين والمواد الخاصة ببيان المراد من التحكيم وشروطه ومجاله، وصفات المحكمين، وصك التحكيم وقراره، وطرق التحكيم وتنفيذه، وتطبيقاته لدى المؤسسات المالية الإسلامية، وقد تم اعتماد هذا المعيار ليكون قانوناً منظماً لعملية التحكيم، بعد اعتماده من أعضاء اللجنة المنظمة للمعايير الشرعية، ومصادقة المجلس الشرعي، بعد إدخال التعديلات التي رآها مناسبة واقترحتها اللجنة المذكورة، في نوفمبر ٢٠٠٦، وفي مارس ٢٠٠٧، عقدت الأمانة العامة في البحرين جلسة استماع حضرها ما يزيد عن ثلاثين مشاركاً يمثلون البنوك المركزية، والمؤسسات ومكاتب المحاسبة، وفقهاء الشريعة، وأساتذة الجامعات، وغيرهم من المعنيين في هذا المجال، وتم وضع اللمسات الأخيرة في إخراج معيار التحكيم، الذي لاقى القبول والمصادقة في اجتماع المجلس الشرعي المنعقد في مكة المكرمة حيث تم اعتماد المعيار في أيلول ٢٠٠٧ من نفس العام [١].

**ثانياً: القانون النموذجي للتحكيم ( اليونسترال )**

**١-التعريف بالقانون النموذجي: (UNCITRAL)**

**( Uinted Nations Commission on Inetrnational Trade Law)**

الهيئة القانونية الرئيسية التابعة لمنظومة الأمم المتحدة في مجال القانون التجاري الدولي: وهي هيئة قانونية ذات عضوية عالمية متخصصة في إصلاح القانون التجاري على النطاق العالمي منذ ما يزيد على ٤٠ سنة. وتتمثل مهمة اليونسيترال في عصرنة ومواءمة القواعد المتعلقة بالأعمال التجارية الدولية، تعمل اليونسترال على صوغ قواعد عصرية وعادلة ومتوائمة بشأن المعاملات التجارية، وبالنسبة لقانون التحكيم: توفّر قواعد اليونسترال للتحكيم مجموعةً شاملةً من القواعد الإجرائية التي يجوز للأطراف أن تتفق عليها لتسيير إجراءات التحكيم الناشئة عن علاقتها التجارية بعضها البعض، والتي تستخدم على نطاق واسع في عمليات التحكيم المخصص وعمليات التحكيم المدارة بمؤسسات كذلك. وتغطي قواعد التحكيم جميع جوانب عملية التحكيم، وتورد بند تحكيم نموذجي، وتحدّد قواعد إجرائية بشأن تعيين المحكّمين وتسيير إجراءات التحكيم، وتضع قواعد فيما يتعلق بشكل قرار التحكيم وأثره وتفسيره.

---

[1] المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية، ص: ٤٣١.

٢- وقد اعتُمِدت قواعد اليونسترال الأصلية للتحكيم في عام ١٩٧٦، وهي تستخدم لتسوية طائفة واسعة من المنازعات، بما فيها المنازعات الناشبة بين الأطراف التجارية في القطاع الخاص التي لا تتدخّل فيها مؤسسة تحكيم، والمنازعات بين المستثمرين والدول والمنازعات بين دولة وأخرى والمنازعات التجارية التي تديرها مؤسسات تحكيم. وفي عام ٢٠٠٦، رأت اللجنة أنه ينبغي تنقيح قواعد اليونسترال للتحكيم استيفاءً للتغييرات التي جدَّت على ممارسات التحكيم على مدى السنوات الثلاثين المنصرمة. ويهدف هذا التنقيح إلى زيادة كفاءة التحكيم بموجب القواعد المذكورة، وهو لا يغير الهيكل الأصلي لنص القواعد أو روحه أو أسلوبه، وفي ١٥ آب/أغسطس ٢٠١٠ تم انعقاد اللجنة التحضيرية لإقرار تعديلات وتنقيحات جديدة على القانون النموذجي، إلا أن التعديلات الجديدة لم تتطرق للمفاهيم التجارية التي باتت من الأعراف الدولية في نطاق التحكيم التجاري، وبالتالي تجنبت تكرار بعض هذه المفاهيم لكونها أصبحت معلومة في الأعراف الدولية، وباتت قواعد اليونسيترال للتحكيم بصيغتها المنقحة ساريةً منذ ذلك التاريخ وهي تشمل أحكاما تتناول – من بين أمور أخرى – التحكيم بين عدة أطراف وضم الدعاوى، والمسؤولية، وإجراءات الاعتراض على الخبراء المعيّنين من هيئة التحكيم، ويهدف عدد الملامح المبتكرة في القواعد إلى زيادة كفاءة الإجراءات، بما فيها الإجراءات المنقحّة بشأن الاستعاضة عن أحد المحكّمين، والشرط المتعلق بمعقولية التكاليف، وآلية لاستعراض تكاليف التحكيم. كما تضم قواعد التحكيم أحكاما أكثر تفصيلا بشأن التدابير المؤقتة. ومن المتوقع أن تواصل القواعد بصيغتها المنقحة، الإسهام في إقامة علاقات اقتصادية دولية متناغمة.

٣- ويشكل القانون النموذجي أساساً سليماً للاتساق والتحسين المنشودين للقوانين الوطنية، وهو يتناول جميع مراحل عملية التحكيم، بدءاً من اتفاق التحكيم، إلى الاعتراف بقرار التحكيم وإنفاذه، وقد لاقى القانون قبولاً عند كثير من دول العالم كونه وضع لمعالجة أوجه التفاوت الكبيرة بين القوانين الوطنية، ولأنه يقدم نظاماً قانونياً خاصاً مصمماً ليناسب التحكيم التجاري الدولي، دون أن يمسّ أي معاهدة ذات صلة سارية المفعول، في الدولة التي تعتمده[١].

[1] القانون النموذجي، ( اليونسترال ) المذكرات الإيضاحية التي أعدتها أمانة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الوثيقة A/CN.9/264 (المستنسخة في حولية الأونسترال، المجلد السادس عشر، منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.87.V.4 )، ص: ٣٩ وما بعدها، ويمكن الحصول على مزيد من المعلومات حول القانون النموذجي والتعليقات الواردة على كافة قواعده والمقترحات المدرجة بشأنها من العنوان التالي: http://www.uncitral.org.

# الفصل الثاني:

# التحكيم: أركانه وشروطه في الفقه الإسلامي

# والقانون النموذجي(اليونسترال UNCITRAL)

# الفصل الثاني: التحكيم: أركانه وشروطه في الفقه الإسلامي والقانون النموذجي (اليونسترال UNCITRAL)

## تمهيد

حقيقة التحكيم تقوم على أساس أنه البديل العملي عن اللجوء إلى القضاء، ولذا ينبغي أن نعرف أن اللجوء إلى التحكيم لا بد أن يتمتع بضمانات تقوم على أساس الحق والعدل، وتكفل ضمان الحق وفصل المنازعة بأصولها المقررة في أحكام الشريعة، ولما كان ابتداء الاتفاق على التحكيم تنظمه أحكام العقود، وأنه عند نشوئه يقوم على فكرة العقد المدني، فلا بد إذن من إلقاء الضوء على مقومات هذا الاتفاق من حيث أركانه وشروطه، لأن النشأة الاتفاقية لعقد التحكيم لها أثرها البالغ في تنظيم إجراءات العمل بالتحكيم بل وفي الوصول إلى نهايته بحسم النزاع، وفي المطالب التالية أبين مقومات هذا الاتفاق من الناحية الشرعية والقانونية.

## المبحث الأول: أركان عقــد التحكيــم

لما كان العقد ضرباً من تصرفات الإنسان، فإنه يستلزم أن يكون قد صدر عن شخص بإرادته بحيث يرتب الشرع عليه نتائج حقوقية [١]، ولسنا في صدد تفصيل أقوال الفقهاء في المفهوم الدقيق للعقد، لأن العبرة في تضمن العقد للإرادة المنشئة للحقوق أو المسقطة له، ولذلك أوردت مجلة الأحكام العدلية مفهوم العقد كما في اصطلاح الفقهاء الشرعيين بأنه: "ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله "[٢]، وفي تعريف القانون: "العقد هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء إلتزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه "، والتحكيم بما هو اتفاق بين طرفين يتعين أن تتوافر فيه المقوّمات والعناصر المعتبرة في سائر العقود من تحقق الرضا وأهلية المتعاقدين وتوافر موضوع العقد وفيما يأتي بيان هذه المقوّمات.

## المطلب الأول: الرضـــــــا

وهو في اللغة ضدّ السّخط [٣] بمعنى الاختيار [٤]، وفي الاصطلاح:

عرِّفه الحنفية بأنه: نهاية الاختيار بحيث يفضي أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحو ذلك[٥]، كما يفهم من عبارات فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة أنه: قصد الفعل دون أن يشوبه إكراه [٦].

ولما كان الرضا من الأمور الباطنة التي لايمكن الاطلاع على إعراض المكلف عنها، كان لا بد من فعل ظاهر يدل على الرضا ويقوم مقامه، فكان الإيجاب والقبول الذي يصدر من المتعاقدين دليلاً ظاهراً مقام الأمر الباطن، وأصله قوله تعالى:{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا} [النساء: ٢٩].

---

[1] الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ١/ص:٣٧٩.
[2] حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المادة ( ٣ )، ج/ ١، ص: ٢١.
[3] ابن منظور، لسان العرب،ج١٤ /ص: ٣٢٣، الزبيدي،تاج العروس، ج ٣٨/ص: ١٥٦
[4] الفيومي، المصباح المنير، ج١ /ص: ٢٢٩.
[5] التفتازاني، التلويح على التوضيح، ج ٢ /ص: ٤١٢، البخاري، كشف الأسرار،ج ٤ /ص:٥٣٦.
[6] وفي عبارة الغزالي: أن يصدر عن طيب نفس.اه، نقلها الخطيب في مغني المحتـاج، ج/٢،ص: ٣، وانظـر فيمايستفاد من عبارات الفقهاء في معنى الرضا: الماوردي، الحاوي الكبير، ج/٥،ص: ١٣، البهوتي،شرح منتهى الإرادات،ج/٢،ص: ٧، الخرشي، شرح مختصر خليل، ج/٥، ص: ٦، الحطاب،أبو عبد الله، مواهب الجليـل، ج/٤، ص: ٢٢٨،ابن حزم، المحلـى،ج/٨، ص: ٣٧٦

وقد نصت القاعدة الفقهية على أن: " دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه "[1] ويجعل وجود الدليل وثبوته بمنزلة وجود المدلول وثبوته، يعني أنه يحكم بالظاهر، وهو الدليل، فيما يتعسر الاطلاع عليه، وهو الأمر الباطني.[2] على أنه في اتفاق الإرادتين – اي التراضي– لا بد أن تتوفر في الصيغة اللفظيّة المعبرة عنهما وهي الإيجاب والقبول، ثلاثة أمور أساسية: جلاء المعنى في مادة اللفظ المستعمل للإيجاب والقبول عرفاً، وتوافق الإيجاب والقبول، وجزم الإرادتين بصورة لا تردد معها ولا تسويف [3].

ولذا وجب التزام كامل الحيطة والحذر عند تكييف عقد التحكيم بحيث يُظهر العقد تماماً إرادة الخصوم وتراضيهم، لأن التحكيم هو استثناء من الأصل العام في التشريع، فلا يُجبر شخص على سلوكه ولا يُحرم من الالتجاء إلى القضاء إلا عن رضاه واختياره [4].

ولا خلاف بين الفقهاء في وجوب رضا الخصوم بالتحكيم ابتداءً، ولكنهم اختلفوا في اشتراط دوام الرضا إلى حين صدور الحكم لأن عقد التحكيم من العقود غير اللازمة [5]:

فيسمح الحنفية[6] والشافعية[7] وبعض الحنابلة[8] وسحنون من المالكية[9] للخصوم بالرجوع عن التحكيم إلى ما قبل صدور الحكم النهائي – للصلح بينهما أو لأمر آخر فيه مصلحتهما، قياساً على عقد الشركة والمضاربة، ولأن التحكيم ولاية كولاية القضاء، فكما يجوز للوالي عزل القاضي فإنه يجوز للخصوم عزل المحكّم لأنه معين من جهتهما[10]، وبالتالي يبطل حكم المحكّم إذا صدر بعد رجوع الأطراف،وذلك لزوال ولايته عن الحكم، لأن المثبت لولايته هو رضا أطراف النزاع، فإذا رجع أحدهم سقطت ولايته، فيما لا يؤثر رجوعهما عن التحكيم مع حكم المحكّم بعد صدوره لانتهاء التحكيم بصدور الحكم [11].

---

1 الزرقا،أحمد، شرح القواعد الفقهية، ج/١،ص: ٣٤٥.

2 الزرقا، أحمد، شرح القواعد الفقهية، ج/١،ص: ٣٤٥

3 الزرقا،مصطفى، المدخل الفقهي العام، ج/١، ص: ٤٠٥ وما بعدها، السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج/١،ص: ١٨٣ وما بعدها، حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المواد: ١٦٧–١٨٠

4 ابو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ص: ٢٩.

5 السرطاوي، محمود، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص: ٢٩

6 الزيلعي، تبيين الحقائق،ج/٤، ص:١٩٣، محمد البابرتي، العناية شرح الهداية،ج/١٠،ص:٢٩٤

7 النووي، روضة الطالبين،ج/١١، ص: ١٢٢، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج،ج/٤،ص: ٣٧٩،

8 ابن قدامة، الكافي،ج/٤،ص:٤٣٦،المرداوي، الإنصاف،ج/١١،ص: ١٩٩

9 الباجي، المنتقى،ج/٥، ص:٢٢٧، محمد عليش، منح الجليل،ج/٨، ص: ٣٠١، القرافي، الذخيرة،ج/١٠، ص:٣٧.

10 الخصاف: أدب القاضي،ج/٤، ص: ٦٠.

11 السرطاوي، محمود، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص: ٣٠

ويضيّق جمهور المالكية[١] وبعض الحنابلة[٢] في منع الرجوع عن التحكيم بعد رفع النزاع إلى المحكم، ويجوز لأحدهما الرجوع قبل الترافع أمام المحكم، وتوجيه ذلك: أن لكل واحد من المتحاكمين الرجوع قبل شروعه في الحكم لأنه لا يلزمه حكمه إلا برضى الخصمين ؛ أشبه رجوع الموكل عن التوكيل قبل التصرف فيما وكل فيه أما بعد شروعه في الحكم قبل تمامه ؛ فلا يصح رجوع أحدهما كرجوع الموكل بعد صدور ما وكل فيه من وكيله[٣].

وقال ابن الماجشون: ليس لأحدهما أن يبدو له ؛أي الرجوع عن رضاه، سواء كان ذلك قبل أن يفاتحه صاحبه أو بعد ما ناشبه الخصومة، وحكم المحكّم لازم لهما كحكم السلطان لمن أحب منهما أو كره، وهي عنده من باب الولاية لاختصاصها بالحكم على المتخاصمين بخلاف ما يرضيان به[٤].

وبهذا يظهر اتفاق الفقهاء على أن التحكيم عقد رضائي، والخلاف عندهم في مسألة دوام الرضا بالتحكيم بعد الاتفاق عليه وحتى بدء إجراءات الحكم المباشرة وسبب الخلاف طبيعة التحكيم بالنسبة لرأي كل واحد منهم، على أنه لايمكن التعويل على رأي أطراف النزاع في الرجوع عن اتفاق التحكيم بعد صدوره منهما في المعاملات المعاصرة سواء قبل بدء النزاع او قبل الشروع في إجراءات التحكيم، وذلك لما قد يرتب الرجوع من أضرار قد تكون جسيمة للخصوم سواء من حيث طول فترة النزاع وتعطيل إنهائه،أو من حيث الأضرار التي ستلحق الخصوم عند اللجوء للقضاء في حال الرجوع عن اتفاق التحكيم، ولهذا يتجه رأي ابن الماجشون في اعتباره عقد التحكيم ملزما للأطراف بمجرد صدوره وعدم جواز إلغاء التحكيم بعد الاتفاق عليه، سواء كان الاتفاق من بنود العقد أو مستقلاً عنه، ويترتب على هذا القول – الاتفاق على التحكيم ببند في العقد أو بشرط مستقل عنه– أن لكل واحد من أطراف النزاع التمسك بحقه في اللجوء للتحكيم دون القضاء عند نشوب النزاع حتى وإن لم يرض الطرف الآخر، لأنه لما رضي ابتداءً باللجوء إلى التحكيم لم يصح العود عن رضاه بإرادته المنفردة.

ولما كان النطق باللسان هو الأصل في التعبير عن الإرادة العقدية عند الفقهاء، فقد أقروا أن تقوم مقامه كل وسيلة أخرى اختيارية أو اضطرارية – في حال عدم القدرة على التعبير عن الإرادة باللسان– مما يمكن أن تعبر عن الإرادة تعبيراً مفيداً كافياً [٥] كالكتابة أو الإشارة أو رسالة

---

[1] الباجي، المنتقى،ج/٥، ص:٢٢٧، الدسوقي، الحاشية، ج/٤، ص:١٤٠-١٤١

[2] المرداوي، الإنصاف، ج/١١،ص: ١٩٩، الرحيباني، مطالب أولي النهى،ج/٦، ص:٤٧١-٤٧٢

[3] الباجي، المنتقى،ج/٥، ص:٢٢٧، الرحيباني، مطالب أولي النهى،ج/٦، ص: ٤٧٢.

[4] الباجي، المنتقى،ج/٥، ص:٢٢٧

[5] الزرقا،مصطفى، المدخل الفقهي العام، ج/١ , ص: ٤١١

من الطرفين، أو رسالة من طرف واحد ولفظ من الطرف الآخر، إلا أنه يجب أن يكون الكتاب معنوناً ومرسوماً، كما أنه يجب أن يقبل الإيجاب من المخاطب في المجلس الذي يصل فيه إليه الكتاب [١]، وأن تكون الإشارة مفهمة دالة على الإرادة بشكل واضح [٢].

وهذا واضح تماماً فلا يكفي مجرد الرضا الضمني أو الاتفاق الخالي عن الإثبات، بل لا بد من مراعاة كامل الحيطة والحذر عند تكييف العقد لتتضح تماماً إرادة الخصوم بجلاء نحو التحكيم باعتباره استثناءً من الأصل العام في التشريع، فلا يُجبر شخص على سلوكه ولا يُحرم من الالتجاء إلى القضاء إلا عن رضا واختيار[٣].

وفي المقابل نجد أن القانون النموذجي (اليونسترال) جعل الكتابة أمراً متعيناً سواءً في إشعارات طلب التحكيم أو الرد عليه، وكذلك في بيان الدعوى وبيان الدفاع، وبالتالي يترتب على عدمها أن يكون لأي من أطراف النزاع سبب للاعتراض على اختصاص الهيئة[٤].

وعلى الرغم من أن القانون النموذجي تَبِع اتفاقية نيويورك في اشتراط الشكل الكتابي لاتفاق التحكيم[٥]، إلا أنه في المقابل اعترف بأي سجل لمحتوى الاتفاق، في أي شكل – باعتباره يعادل الكتابة التقليدية، كما بين القانون أنه يجوز إبرام اتفاق التحكيم بأي شكل، مادام مضمون الاتفاق مسجلاً، حيث نصت المادة الثانية:" على أنه يجوز إرسال الإشعار – بما في ذلك البلاغ أو الخطاب أو الاقتراح – بأي وسيلة اتصال توفر سجلاً بإرساله، أو تتيح إمكانية توفير ذلك السجل"[٦] وهذه القاعدة الجديدة هامة من حيث: أنها لم تعد تشترط توقيع الطرفين أو تبادل رسائل بينهما، كما أنها تضفي الطابع العصري على الصيغة التي تشير إلى استخدام التجارة الإلكترونية من خلال اعتماد صيغة مستوحاة من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦، واتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام

---

[1] حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المادة (١٧٣)، ج/١،ص: ١٢٧–١٢٨

[2] وقد حددت المعايير الشرعية مسألة دوام الرضا بالنسبة لاتفاق التحكيم، سوى ما يتعلق بالعقد الذي ورد فيه النص على اشتراط التحكيم، فقد جاء في المادة: ٥/١– أ: أنه يكون التحكيم لازماً إذا نص في العقد على اشتراط التحكيم، بينما نصت الفقرة ب على لزوم التحكيم فيما إذا اتفق الأطراف على التحكيم بعد نشوء النزاع، وتعهدا بعدم الرجوع عنه. المعايير الشرعية، ص: ٥١٨.

[3] ابو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ص: ٢٨–٢٩.

[4] القانون النموذجي (اليونسترال): المادة ( ٢٠ / ١، ٢١ / ١ ).

[5] وقد نص القانون النموذجي صراحة على الشرط الكتابي في تعريفه لاتفاق التحكيم الذي ورد بالصيغة المعتمدة في الدورة التاسعة والثلاثين في عام ٢٠٠٦، فيما كان النص على اشتراط الكتابة في القانون المعدل لعام ٢٠١٠ متعلقاً ببيان الدعوى والدفاع، وأما في اتفاق التحكيم فإن اشتراط الكتابة مفهوم ضمناً من نصوص المواد المتعلقة بإشعار التحكيم.

[6] القانون النموذجي (اليونسترال): المادة ( ٢ / ١ ).

٢٠٠٥، كما أنها تسري على تبادل بياني ادعاء ودفاع يزعم فيهما أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر [١].

واقد احتاط القانون النموذجي لأمر تحديد العنوان في حال المخاطبات الإلكترونية، بوجوب تحديد عنوان صحيح وثابت لهذا الغرض، وينبغي أن تكون هيئة التحكيم قد أذنت به كعنوان للطرف المدعي أو المدعى عليه، وبالتالي تُسلم الإشعارات بناء على اعتبار الهيئة لذلك العنوان، أما إذا لم يكن ثمة اتفاق على عنوان معين، أو لم تكن الهيئة قد اعتبرت عنواناً لأحد الأطراف فإنه لا يصح إرسال الإشعارات أو المخاطبات بالوسائل الإلكترونية، مثل الفاكس أو البريد الإلكتروني، إلا إلى عنوان معين أو مأذون به على النحو السابق [٢].

ولغاية حساب مدة التسليم، فإنه يبدأ احتساب التسليم من تاريخ الإرسال – إذا كان بالوسائل الإلكترونية وكان العنوان متفقاً عليه، ومن تاريخ وصوله إلى العنوان المرسل إليه – إذا كان العنوان غير معين أو غير مأذون به، ويبدأ سريان تلك المدة في حالات التسليم السابقة في اليوم التالي لتسلم الإشعار، مع الأخذ بعين الاعتبار كونه يوم عطلة – رسمية أو تجارية – في محل إقامة المرسل إليه، أو مقر عمله، إذ يبدأ احتساب المدة عندئذ من اليوم الأول الذي يلي تلك العطلة المقررة [٣].

## المطلب الثاني: الأهليـــــــــــة

أطراف العقد هم الأشخاص الذين اتجهت إرادتهم نحو حل منازعاتهم عن طريق التحكيم، وينبغي في نظر التشريع أن تتوفر فيهم صفة الأهلية، وإلا انخرم ركن التعاقد المتعلق بالعاقدين لفوات هذه الصفة، فجميع التصرفات والأفعال التي تجري فيها صحةً وبطلاناً كالادعاء بالحق أمام القضاء، وكالإقرار بحق، وكالشهادة على الحق، وغيرها من المعاملات، كل ذلك لابد فيه أن يكون الشخص أهلاً لممارسة هذه الأفعال والتصرفات، فمن جملة أسباب بطلان العقد كون الطرف عديم الأهلية اللازمة للانعقاد [٤].

---

[1] المذكرة الإيضاحية للقانون النموذجي ( اليونسترال)، الفقرة: ١٩، مرجع سابق.
[2] القانون النموذجي (اليونسترال): المادة ( ٢ / ٢ ).
[3] القانون النموذجي (اليونسترال): المادة ( ٢ /٤ – ٦ ).
[4] الزرقا، مصطفى، المدخل الفقهي العام، ج/٢، ص:٢٨١

**والأهلية في اللغة:** من الأهل بمعنى الوجوب والاستحقاق، تقول: هو أهل لذاك الأمر إذا استوجب ذلك واستحقه , وأهّله لذلك الأمر تأهيلاً و آهله: رآه له أهلاً [١]، وتقول فلان أهل لكذا ولا تقل مستأهل والعامة تقوله [٢].

**أما في الاصطلاح:** فالأهلية نوعان: أهلية الوجوب، وأهلية الأداء.

**فأما أهلية الوجوب** وإن كان يدخل في فروعها تقسيم فأصلها واحد، وهو الصلاحية لحكم الوجوب، فمن كان فيه هذه الصلاحية كان أهلاً للوجوب عليه،وأهلية الوجوب الأصل فيها لا يكون إلا بعد ذمة[٣] صالحة لكونها محلاً للوجوب، فإن المحل هو الذمة، ولهذا يضاف إليها ولا يضاف إلى غيرها بحال[٤].

وأهلية الوجوب وفق هذا البيان هي في الواقع الشخص ذاته منظوراً إليه من الناحية الشرعية أو القانونية، فالشخص سواءً كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً إعتبارياً إنما يُنظر إليه من ناحية أنه صالح لأن تكون له حقوق وعليه واجبات، فكل إنسان شخص قانوني تتوافر فيه أهلية الوجوب، وتثبت له هذه الأهلية من وقت مولده، بل وقبل ذلك من بعض الوجوه عندما يكون جنيناً، إلى وقت موته، بل وبعد ذلك إلى حين تصفية تركته وسداد ديونه، وكذلك الشخصية الاعتبارية ليست في الواقع إلا القابلية لامتلاك الحقوق وتحمل الواجبات، فإذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت الشخصية معها، وذلك كالجنين يولد ميتاً، وكالميت بعد سداد ديونه، وكجماعة من الناس ليست لهم شخصية معنوية، وكالشركة بعد أن تُصفى [٥].

**أما أهلية الأداء:** نوعان قاصرة وكاملة، فالقاصرة باعتبار قوة البدن وذلك ما يكون للصبي المميز قبل أن يبلغ أو المعتوه بعد البلوغ فإنه بمنزلة الصبي من حيث إن له أصل العقل وقوة العمل بالبدن وليس له صفة الكمال في ذلك حقيقةً ولا حكماً، والكاملة تبتنى على قدرتين قدرة فهم الخطاب وذلك يكون بالعقل وقدرة العمل به وذلك بالبدن ثم يبتنى على الأهلية القاصرة صحة الأداء وعلى الكاملة وجوب الأداء وتوجه الخطاب به لأن الله تعالى قال {لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا} [البقرة: ٢٨٦]، وقبل التمييز والتمكن من الأداء لا وجه لإثبات التكليف بالأداء

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، ج/١١ ص: ٣٠.

[2] الرازي، مختار الصحاح،ج/١،ص:١٣.

[3] الذمة في اللغة هي: العهد، قال تعالى: * {لَا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلًّا وَلَا ذِمَّةً} [التوبة: ١٠]* وقال عليه السلام: (وإذا أتيتم أهل حصن أو قرية فلا تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله)رواه الطبراني في الأوسط،ومنه يقال أهل الذمة للمعاهدين، والمراد بهذا العهد ما أشار الله تعالى إليه في قوله: * {وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَنِي آدَمَ} [الأعراف: ١٧٢]*، أ.هـ السرخسي، الأصول، ج/٢،ص: ٣٣٣،وانظر: ابن منظور، لسان العرب، ج/١٢، ص: ٢٢١، الزبيدي، تاج العروس،ج/٣٢،ص:٢٠٥-٢٠٦،الطبراني، المعجم الأوسط ج٢ ص١١٥

[4] السرخسي، الأصول،ج/٢، ص: ٣٣٣، البخاري، كشف الأسرار على أصول البزدوي، ج/٤، ص: ٣٣٥

[5] السنهوري، الوسيط، ج/ا، مجلد:١، ص: ٢٨٣-٢٨٤.

لأنه تكليف ما لا يطاق، وقد نفى الله تعالى ذلك بهذه الآية،ولأنه لا يجوز إلزام الأداء على العبد في أول أحواله إذ لا قدرة له أصلاً، وإلزام ما لا قدرة له عليه منتفٍ شرعاً وعقلاً وبعد وجود أصل العقل وأصل قدرة البدن قبل الكمال في إلزام الأداء حرج، لأنه يحرج للفهم بأدنى عقله ويثقل عليه الأداء بأدنى قدرة البدن، والحرج منفي أيضا لقوله تعالى {مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ} [المائدة: ٦][1].

وعليه، فإن أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق، ويقع أن تتوافر للشخص أهلية الوجوب دون أهلية الأداء،فيكون مستمتعاً بالحق، وهذه هي أهلية الوجوب،دون أن يستطيع استعماله بنفسه،وهذه هي أهلية الأداء،ويتبين من ذلك أنه يمكن فصل أهلية الوجوب عن أهلية الأداء فصلاً تاماً، والذي يعنينا هنا هو أهلية الأداء، فإذا أطلقنا الأهلية كانت هي المقصودة[2]، والمحكّم يجب أن يكون جائز التصرف في موضوع النزاع (محل التحكيم ) لأن المحكّم هو أحد أطراف عقد التحكيم، ورضاه المعبَّر عنه بالإيجاب والقبول ركن العقد، لذا يجب أن تكون عبارته معتبرةً شرعاً [3]، وعليه:

١- لا يصح تحكيم الصبي غير المميز والمجنون ؛لأن تصرفاتهما باطلة فكذلك تحكيمهما، أما الصبي المميز فإن تحكيمه فيما هو دائر بين النفع والضرر فموقوف على إذن وليّه عند الحنفية، باطل عند الشافعية قياساً على تصرفاته في سائر العقود، ويصح تحكيم الولي والوصي عن الصغير، ويكون بمنزلة صلح الوصي في مال الصغير، لا ينفذ إذا كان على بدل أقل من قيمة حق الصغير، لأن التنازل عن الحق تبرع، وهو ممنوع منه، فكذلك تحكيمه لا ينفذ إذا كان على بدل أقل من قيمة حق الصغير.

٢- ولا يُشترط في المحكّم أن يكون مسلماً في النزاع بين غير المسلمين، فيصح تحكيم الذمي والمعاهد والمستأمن المسلم في الخصومة التي تكون بينهم لقوله تعالى: {فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ} [المائدة: ٤٢].

---

[1] السرخسي، الأصول، ج/٢، ص: ٣٤٠-٣٤١، البخاري، كشف الأسرار على اصول البـزدوي،ج/ ٤، ص: ٣٥٠

[2] يجب التفريق بين **الأهلية والولاية على المال**، فالأهلية صلاحية بالنسبةإلى مال الشخص نفسه، أما الولاية فهي صلاحية بالنسبة إلى مال الغير، وفرق بين **عدم الأهلية وعدم قابلية المال للتصرف**، فالقاصر غير أهل للتصرف في ماله، أما الواقف فلا يملك التصرف فيما وقفه لعدم قابلية المال الموقوف ذاته للتصرف، وفرق بين **عدم الأهلية والمنع من التصرف**، كمنع المريض مرض الموت من بيع ماله إلا في حدود معينة، مراعاة لمصلحة الورثة، ومنع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع فيها، ومنع الزوجة من بعض التصرفات إلا بإذن زوجها، فإذا زال المانع صح التصرف، كإجازة الورثة في الحالة الأولى أو كان الحق غير متنازع فيه في الحالة الثانية، وانتهاء عقد الزوجية في الحالة الثالثة. أ.هـ السنهوري، الوسيط، ج/ا، مجلد:١، ص: ٢٨٦

[3] السرطاوي، محمود، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص: ٣٤

٣- ويصح تحكيم الوكيل إذا أذن له الموكل، ولا تكفي الوكالة العامة لإجراء التحكيم، وكذلك الصبي المأذون له في التجارة، لا يصح تحكيمه استناداً إلى الإذن العام بالتجارة، فلا بد أن يؤذن له إذناً خاصاً بالتحكيم، كما لا يصح تحكيم المحجور عليه لسفه فيما حجر عليه إذا كان يضر بالغرماء [١].

٤- أما أهليـــة الأجنبي: فيرجع بالنسبة لتوافر أهليته إلى قانون جنسيته: في أن الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسياتهم، ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الدولة وترتب آثارها، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية، وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل الطرف الآخر تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته [٢].

٥- وإذا تعلق الأمر بشركة أجنبية فيرجع بالنسبة لأهليتها إلى قانون الدولة التي يوجد بها مركزها الرئيسي باعتباره قانون الدولة التي تنتمي إليها بجنسيتها، وإذا توافرت أهلية الشركة بالنسبة لقانونها فإن لها إبرام اتفاق التحكيم ولو كانت تزاول نشاطاً في الدولة، وامتنعت عن القيد في السجل التجاري بالمخالفة للقانون [٣].

**المطلب الثالث: محل عقد التحكيم**

المجال المحكوم به والوقائع المفترضة إما أن تكون نزاعات في المعاملات المالية أو في الحدود والقصاص أو في الأحوال الشخصية أو في مسائل الحروب و السياسات الشرعية، وقد اختلف الفقهاء فيما يصح للمحكَّم ان ينظر فيه من الحقوق التابعة لهذه المسائل، ويترتب على هذا الخلاف: أن المحكم إذا تجاوز حدود السلطة المخولة له أو حكم في موضوع معين تجاوز فيه محل التحكيم هل يكون حكمه باطلاً ؟ وفيما يلي بيان لهذه المسائل ورأي الفقهاء فيها:

---

[1] السرطاوي، محمود، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص: ٣٤-٣٥
ولمزيد التفصيل في أقوال الفقهاء و فيما يتعلق بأحكام الأهلية، أنظر: الزرقا، مصطفى، نظرية الأهلية والولاية، المدخل الفقهي العام، ج/٢، ص: ٧٨١ وما بعدها، حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام: المواد: ٩٦٦-١٠٠٠،ج/٢،ص: ٦٥١ ومابعدها

[2] القانون المدني الأردني رقم (٤٣ ) لسنة ١٩٧٦، المادة (١٢ /١ )، والقانون المدني المصري، المادة ( ١١ / ١ ).

[3] استئناف قاهرة – ٩١ تجاري – ٣٠/ ٥ / ٢٠٠٥ – في الدعويين رقم ١٠٨ و ١١١ لسنة ١٢١ ق.

**أوّلاً: الأمــوال والحقوق الماليّــة**

اتفق الفقهاء على أن للمحكَّم أن ينظر في جميع المسائل التي تتعلق بالمال والحقوق المالية [1]، كعقود المعاوضات والدَّين والكفالة والشفعة،ونحو ذلك،جاء في مجلة الأحكام العدلية:" يجوز التحكيم في دعاوى المال المتعلقة بحقوق الناس "[2]، وكل ما يصحّ فيه العفو والإبراء[3].

**ثانياً: الحقوق الخالصة لله تعالى، والتي تتعلق بالحقّ العام:**

كحد السرقة والزنا وشرب الخمر والحرابة، فجمهور الفقهاء [4] على عدم جواز التحكيم فيها، وعند المالكيّة: لا يجوز التحكيم فيها ابتداءً، وإذا تمّ تعيين الحَكَم وحكَم فيها وكان حكمه موافقاً للشرع نفذ حكمه [5].

أما الحنابلة فعلى الرغم من أن الحنابلة منعوا التحكيم في الحدود والقصاص والنكاح، إلّا أنهم أمضوا فيها حكم قاضي الإمام [6].

**ثالثاً: الحقوق التي يشترك فيها حق الله وحق العبد:**

كالقصاص والقذف والنكاح والطلاق والتعازير وغير ذلك، فقد اختلفت آراء فقهاء المذاهب على جواز التحكيم فيها، ويرجع خلافهم في هذه المسألة إلى الأسس والركائز التي يستند إليها التحكيم، وتحتمله طبيعته وعلاقة أطراف العقد بالعملية التحكيمية، وتتلخص في حالتين:

**الحالة الأولى:** أن يكون التحكيم مستنداً إلى ما ينشأ عن إرادة الخصوم من تصرفات تخضع لسلطان الإرادة [7]، فإذا تجاوز حدود إرادتهم كان التحكيم باطلاً، وهذا يشمل ما يتعلق الحقّ فيه بالله تعالى، أو اشترك فيه حقّ العبد وكان حقّ الله تعالى فيه أغلب، إذ لا يصحّ فيه التحكيم لأنه

---

[1] الزيلعي، تبيين الحقائق، ج/٤،ص: ١٩٣، ابن عابدين،حاشية رد المحتار، ج/٥،ص: ٤٣٠،السمناني، روضة القضاة،ج/١،ص: ٧٩-٨٠، الدردير أبوالبركات، الشرح الكبير،ج/٤،ص: ١٣٦، ابن فرحون، تبصرة الحكام،ج/١،ص: ٥٠، النووي، روضة الطالبين،ج/١١،ص: ١٢١، الماوردي، أدب القاضي،ج/٢، ص:٣٨١، ابن قدامة، الكافي،ج/٤، ص: ٤٣٦

[2] حيدر، علي، شرح مجلة الأحكام العدلية، المادة: (١٨٤١)، ج/٤،ص: ٦٣٠

[3] الماوردي، أدب القاضي، ج/٢، ص: ٣٨١

[4] ابن نجيم، البحر الرائق ج/٧/ص٢٧، الشربيني، مغني المحتاج، ج/٤، ص: ٣٧٨، ابن قدامة، الكافي في فقه ابن حنبل ج٤/ص٤٣٦، ابن قدامة، المغني، ج/ ١٠، ص: ١٣٧

[5] الدسوقي، الحاشية على الشرح الكبير، ج/٤،ص: ١٣٦، الشربيني، مغني المحتاج، ج/٤، ص: ٣٧٨.

[6] ابن قدامة، المغني، ج/ ١٠، ص: ١٣٧، ابن قدامة، الكافي في فقه ابن حنبل ج٤/ص٤٣٦.

[7] من الجدير بالذكر أن مبدأ " **سلطان الإرادة** " بحسب الاصطلاح القانوني الحديث هو " **نظرية الشروط العقدية** " في اصطلاح فقهاءنا،وإن هذه الإرادة يجب أن تعتبر في ظل كل تشريع من عمل الشارع لا من عمل العاقد، لأن ترتب حكم العقد وأثره على العقد وإلزام العاقد به كشريعة له إنما هو اعتبار تشريعي صرف، وكل إلزا م للعاقد بنتيجة عقده لا يكون لولا إيجاب الشارع وإرادته الملزمة، فالعقد يُعتبر شريعة خاصة بين العاقدين ما دام أن العقد قوة ملزمة شرعاً لعاقديه، فسلطان العاقدين على تعديل الأحكام قررها التشريع مبدئياً في كل عقد، وهذا يعني مدى حرية الشروط العقدية المعدلة لتلك الأحكام، وليس معناه أن العاقدين هما اللذان يشرّعان آثار العقد ويوجبانها بينهما.انظر: الزرقا، مصطفى، المدخل الفقهي العام، ج/١، ص:٥٤٨ -٥٤٩ " بتصرّف"

يكون في منزلة الحدود التي تخضع للنظام العام، وبالتالي يناط النظر فيها إلى سلطة القاضي والسلطان، والقاعدة في ذلك: أن ما استلزم إثبات حكم أو نفيه من غير المتحاكمين فلا يصحّ فيه التحكيم، وما كان ممكناً في حدود رضاهما صحّ فيه التحكيم [1]، وعليه فإن التحكيم في هذه المسائل وما شابهها كالنسب والولاء وولاية مال اليتيم والحجر على مستحقيه وأمر الغائب [2] لا تخضع لأمر التحكيم.

**الحالة الثانية:** أن يكون التحكيم مستنداً إلى ما للمحكَّم من سلطة توازي سلطة القضاء أو تنوب عنه، فلا اختصاص للمحَكَم بموضوع معيّن، حيث يجوز أن يقضي في كل ما يُرفع إليه كالقاضي المولّى من قبل السلطان: وهو مذهب الحنابلة إلا أبو يعلى الفراء الذي سار على منهج الجمهور في تحديد اختصاص المحكَّم[3]، وهم بهذا الرأي يقيّدون المحكَّم بصفات القاضي في فقهه وصلاحيته للقضاء، وبالتالي يكون المحكَّم في منزلة القاضي المولّى، وبدون هذا القيد فإنه ليس بأهل للتحكيم عندهم [4].

– وقد أوردت المعايير الشرعية فيما يصح فيه التحكيم،مايلي[5]:

يجوز التحكيم في كل مايصلح لكل واحد من الطرفين ترك حقه فيه، وقد نقل هذا القول صاحب التاج والإكليل عن ابن عرفة، حيث يقول:" ظاهر الروايات إنما يجوز التحكيم فيما يصحّ لأحدهما ترك حقه فيه "[6]، ولا يجوز التحكيم فيما يأتي:

أ– كل ما هو حقّ لله تعالى، مثل الحدود، وهو موافق لرأي جمهور الفقهاء[7].

ب– ما يستلزم الحكم فيه إثبات حكم أو نفيه بالنسبة لغير المحتكمين – كما عند ابن فرحون – وإذا قضى المحكم فيما لا يجوز فيه التحكيم فحكمه باطل ولا ينفذ[8].

---

1 ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج/١، ص: ٥٠.

2 الماوردي، أدب القاضي، ج/٢، ص: ٣٨١، الدسوقي، الحاشية،ج /٤،ص: ١٣٦

3 السرطاوي، محمود، التحكيم، ص: ٤٠ –٤١.

4 المرداوي، الإنصاف، ج/١١، ص: ١٩٧، ابن قدامة، الكافي، ج/٣،ص: ١٣٩

5 المعايير الشرعية، المواد: ٧/ ١–٢–٣، ص:٥١٩

6 العبدري، التاج والإكليل، ج/٦،ص: ١١٢

7 انظر: ابن نجيم، البحر الرائق ج٧/ص٢٧، الخرشي، شرح مختصر خليل ج٧/ص١٤٥، الشربيني،مغني المحتاج ج٤/ص٣٧٩، ابن قدامة، الكافي في فقه ابن حنبل ج٤/ص٤٣٦

8 ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج/١، ص:٥٠.

**المطلب الرابع: تحليل فكرة محل التحكيم وفق اجتهادات الفقهاء:**

وفق الآراء والتصورات السابقة لاجتهادات الفقهاء وما نصت عليه المعايير الشرعية أجد أن فكرة التحكيم يرد في تفسيرها احتمالات ثلاث:

**الأمر الأول: عدم جواز التحكيم فيما لا يجوز التصرف فيه،** والتصرف غير المقبول هو ما لا يصلح أن يكون محلاً للالتزام، وذلك إذا كانت طبيعته لا تصلح أن تكون محلاً للتعاقد إما لاستحالته كالشمس والهواء [1]، ولا يصلح أن يكون محلاً للالتزام إذا كان الغرض الذي خُصص له يأبى ذلك، فالملك العام لا يصح بيعه ولا التصرف فيه لأنه مخصص لمنفعة عامة وتخصيصه هذا يتنافى مع جواز التصرف فيه، وكالمال الموقوف يقتضي عدم جواز التصرف فيه مادام وقفاً [2]، وقد لايصلح أن يكون الشيء محلاً للالتزام إذا كان التعامل فيه غير مشروع، وعدم المشروعية يرجع إما إلى نص في القانون، أوإلى مخالفة للنظام العام والآداب العامة، كالتعامل بالربا، والاتجار بالحشيش والمخدرات [3].

**الأمر الثاني: عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام،** والنظام العام ينظم روابط الأفراد بالهيئات العامة، وروابط الهيئات العامة ببعضها البعض، وهذا التنظيم يُنظر فيه إلى المصلحة العامة، فلا يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يتعارض مع هذه المصلحة تحقيقاً لمصالحهم الفردية، وعليه فإن النظام العام يشمل [4]:

**أ-المسائل المتعلقة بسلطات الدولة:** (التشريعية والقضائية والتنفيذية )التي تخرج بطبيعتها عن مجال التحكيم، ليس لأنها أعمال لا تخضع للرقابة،وإنما لأن طبيعة الدولة ونظامها الأساسي يجعلان الرقابة عليها رقابة داخلية متبادلة تمارسها كل سلطة من السلطات الثلاث على الأخرى،فلا يمكن الالتجاء إلى التحكيم بصدد نزاع على دستورية قانون، أو على صحة قرار إداري،أو رد أحد القضاة، أو بصدد النزاع على استحقاق ضريبة معينة أومقدار الضريبة المستحقة و كالترشيح والانتخاب، فلا يصح التحكيم في الاتفاق على التنازل عن الترشيح لمرشح

---

[1] وقد يصبح التعامل في هذه الأشياء ممكناً في بعض النواحي، فأشعة الشمس يحصرها المصور(الفوتوغرافي)،والهواء يستعمله الكيميائي في أغراضه فعند ذلك تصبح الشمس والهواء قابلة للتعامل فيها من هذه النواحي الخاصة وتصلح أن تكون محلاً للالتزام.اهـ السنهوري، الوسيط، ج/١، ص: ٤٣٣.

[2] وعدم القابلية للتعامل هنا نسبي،فالملك العام إذا كان لا يصلح محلاً للتصرف فإنه يصلح محلاً للإيجار، كما في شغل جزء من الطريق العام، أومنح رخصة لإقامة حمامات على شواطيء البحر،وكذلك المال الموقوف إذا كان لا يجوز بيعه فإنه يجوز إيجاره.ا.هـ السنهوري، الوسيط، ج/١، ص: ٤٣٣.

[3] السنهوري، الوسيط، ج/١، ص: ٤٣٢- ٤٣٤ " بتصرف"

[4] جمال، مصطفى محمد و عبد العال، عكاشة،التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والخارجية، ص: ١٦٢ وما بعدها " بتصرف"، وانظر: السنهوري، الوسيط، ج/١، ص: ٤٣٢ وما بعدها "بتصرف".

آخر بمقابل أو بغير مقابل، أوفي تنازل نائب عن عضويته لآخر بمقابل، كل هذه التصرفات تعد باطلة لمخالفتها النظام العام فالتحكيم فيها باطل.

**ب-المسائل المتعلقة بالتجريم والعقاب:** وعدم جواز التحكيم فيها لكون اختصاص الفصل فيها يرجع لقضاء الدولة، والإجراءات فيها محددة بالنصوص، كالمخالفات المتعلقة بالمسؤولية الجنائية[١]، سواءً كانت الجرائم واقعة على أمن الدولة كالتجسس والإرهاب،أو جرائم واقعة على السلامة العامة كحمل الأسلحة وحيازتها والجمعيات غير المشروعة،أو الجرائم التي تقع على الإدارة العامة كالرشوة والاختلاس والذم والقدح وانتحال الصفات والوظائف، أو الجرائم المخلّة بالإدارة القضائية كشهادة الزور واليمين الكاذبة وفرار السجناء والتزوير، أو الجرائم التي تمسّ الدين والأسرة أو تخلّ بالآداب العامة كالجرائم المتعلقة بالزواج والجنح المخلّة بآداب الأسرة، والاعتداء على العرض والحضّ على الفجور والإجهاض، أو الجرائم التي تقع على الإنسان كالقتل وجرائم الحرية والشرف، أو الجرائم المتعلقة بالأموال والأخطار العامة كالاحتيال والغش وإساءة الائتمان والمقامرة وتعاطي المسكرات وتخريب الطرق والمزروعات والحيوانات [٢].

**ج-المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية**

وتشمل النزاعات المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص كالجنسية والأهلية والولاية، والنزاعات الخاصة بمسائل الأسرة وما يتعلق بها من حقوق وواجبات،كالزواج والطلاق وإثبات النسب أو نفيه وكالنفقات بأنواعها والحضانة والحجر على الأشخاص والميراث والوصية، مثل هذه المسائل يُخوّل قضاء الدولة النظر بشأنها وتُقصى عن مجال التحكيم.

**د-المسائل الماليّة:**

فإذا كانت المعاملة المالية تحقق مصلحة عامة اعتُبرت من النظام العام وأُخرجت من التحكيم، كعدم جواز التحكيم في شأن الحقوق الناشئة عن علاقات العمل، أو الناشئة عن الوكالات التجارية أو في ملكية الأموال العامة التي آلت للدولة بطريق مشروع[٣].

---

[1] إلا أنه يمكن في مثل هذه الأحوال اعتبار اتفاق التحكيم بمثابة تنازل عن الحق في الشكوي أو الطلب تنقضي به الدعوى العمومية عندما يتعلق حق النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية على تقديم شكوى من المجني عليه، كما هو الحال في جرائم السبّ والقذف والزنا والسرقة بين الأصول والفروع، وكما في مثل تقديم طلب كتابي من جهة حكومية كما في جريمة العيب في حق رئيس دولة أجنبي، أو الإذن الخاص من جهة حكومية كما هو الحال في تحريك دعوى عمومية ضدّ القضاة. ا.هـ جمال، مصطفى محمد و عبد العال، عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والخارجية،ص: ١٦٦.

[2] موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية، قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠

[3] أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ص: ٧٧.

**الأمر الثالث: ربط القابلية للتحكيم بالقابلية للصلح** كما في قانون التحكيم الأردني والمصري وما جرت عليه معظم القوانين العربية[١]، وهذا متفق مع ما ذهب إليه الحنفية حيث جاء في عبارة مجمع الأنهر[٢]: " وقيل إن حكمه بمنزلة الصلح فيما يجوز فيه الاستيفاء بالصلح، واستيفاء الحد والقود غير مشروع بالصلح فلا يجوز التحكيم فيهما ويصح التحكيم في سائر المجتهدات وغيرها الذي هو الثابت بالكتاب والسنة والإجماع بالطريق الأولى ".

ومن الجدير بالذكر أن القانون النموذجي " اليونسترال" حدد مجال التحكيم بالمعاملات التجارية الدولية بمفهومها الواسع، ولتشمل نطاقاً عريضاً من المنازعات، بما فيها المنازعات بين الأطراف التجارية في القطاع الخاص والمنازعات بين المستثمرين والدولة، والمنازعات بين دولة وأخرى، والمنازعات التي تديرها مؤسسات التحكيم في جميع أنحاء العالم، ولتشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطبيعة التجارية، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية كتوريد السلع أو الخدمات وتبادلها، وإدارة الحقوق لدى الغير، والتأجير الشرائي وتشييد المصانع والأعمال الهندسية والأعمال المصرفية، والتأمين،ونقل البضائع أو الركاب جوّاً أو برّاً أو بحراً، واتفاق أو امتياز الاستغلال وغيرها من أشكال التعاون الصناعي والتجاري، مع مراعاة أي اتفاق نافذ مبرم بين هذه الدولة وأية دولة أخرى [٣].

## المبحث الثاني: الشروط اللازمة لتشكيل هيئة التحكيم

تبرز أهمية تنظيم العملية التحكيمية من خلال تتبع الهيكلة الدقيقة لمباديء وأركان التحكيم والتي يمكن الوصول من خلالها إلى النتائج والأهداف المرسومة، إذا ما تمت وفق مراعاة الشروط اللازمة لضبط القواعد التشكيلية والمنظمة لذات العقد بما ينطبق مع صحة هذه الشروط وتوخيها على الوجه المطلوب، وهناك ضوابط لا بد من مراعاتها عند تشكيل هيئة التحكيم تشكل في مجموعها شروطاً لازمة لنجاح عملية التحكيم، وهذه الشروط منها مايتعلق بقواعد تشكيل هيئة التحكيم، ومنها ما يتعلق بقبول المحكم مهمة التحكيم، وسنتحدث عن هذه الشروط في المطالب التالية:

---

[1] قانون التحكيم الأردني،مادة (٩)، قانون التحكيم التجاري المصري، مادة (١١)، الإماراتي، مادة (٢٠٣)، البحريني، مادة (٢٣٣)، السعودي،مادة (٢)،السوري،مادة (٥٠٧)، اللبناني،مادة (٧٦٢)، الكويتي، مادة (١٧٣)،أنظر: حداد، حمزة، التحكيم في القوانين العربية،ص: ١٤٧.

[2] الكليبولي المدعو بشيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج /٣، ص: ٢٤٢

[3] أنظر: قرار اللجنة العامة ٦٥ / ٢٢، وانظر المادة: ( ١ / ١ ) نطاق الانطباق.

## المطلب الأول: قواعد تشكيل هيئة التحكيم

رغم أن حكم التحكيم يعدّ في المآل عملاً قضائياً، فإنه يتميز بأن من يُصدره ليس قاضياً معيّناً من الدولة ضمن تنظيمها القضائي القائم دائماً والذي يعمل باضطراد، وإنما يصدر من شخص يتم اختياره من قبل المحكمين، في كل مسألة على حدة، وبينما قضاة المحاكم يخضعون لنظام قضائي موحد يتعلق بتعيينهم وترقيتهم وسائر شؤونهم، فإن المحكمين قد يخضعون لقواعد قد تختلف من هيئة تحكيم إلى أخرى سواءً بالنسبة لكيفية تعيينهم أو بالنسبة لسلطتهم.[١]

وتخضع قواعد تشكيل هيئة التحكيم في القوانين المعاصرة لما تنص عليه من مباديء تنظم عملية التحكيم عادة، ويمكن القول أن مثل هذه التنظيمات القانونية لاتتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية لأنها من باب السياسة الشرعية التي تتسم بالمرونة في اختيار الإمام أو الدولة لتلك القوانين المنظمة والتي تنبني على مصلحة الفرد والعامة بشكل عام لأن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة، ولابد عند تشكيل هيئة التحكيم مراعاة أمرين أساسيين، هما: كيفية تعيين هيئة التحكيم، وعدد أعضاء هيئة التحكيم، وفيما يلي بيان وتوضيح لهذين الأمرين:

### الفرع الأول: كيفية تعيين هيئة التحكيم

المبدأ الأساسي في تكوين هيئة التحكيم هو الرجوع لإرادة الأطراف، فللطرفين الحرية الكاملة في اختيار المحكمين أو في تحديد كيفية اختيارهم أو تحديد وقت اختيارهم، وما يتفقان عليه من ذلك يكون واجب الاحترام،إعمالاً لمبدأ الثقة التي يستند إليها التحكيم [٢]، فاختيار أحد الطرفين لمحكمه يعدّ اختياراً اتفاقياً، وهذا ما استقرت عليه الاجتهادات القانونية، ويجب أن يتمّ اختيار المحكم بوضوح، والأصل أن يتم تحديده بالاسم والوظيفة أو المهنة على نحو لا يثير الشك حول شخصه [٣]، ولا أجد أن تسمية المحكم بالذات له ضرورة بقدر ما للصفة أولوية في عملية الاختيار، وذلك أن اختيار المحكم بحسب صفته يجعل اختيار المحكم في سعة عند عدم وجود المحكم المسمى، فلو أن أطراف النزاع اتفقوا على أن يكون المحكم بصفة أو وظيفة يبقى الاختيار صحيحاً وملزماً للطرفين ولو زالت عنه وانتقلت إلى شخص آخر عند قيام النزاع، فلو اختير عميد كلية الحقوق بجامعة معينة كمحكم، وعند قيام النزاع كان العميد أستاذاً آخر غير السابق عند إبرام الاتفاق فإن هذا الجديد يتولى عملية التحكيم [٤]، ولا يشترط الترتيب الزمني بين

---

[1] والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ١٩٧

[2] جمال، مصطفى محمد و عبد العال، عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والخارجيـة،ص: ٥٨٠-٥٨١

[3] والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٢٠٥

[4] المرجع السابق.

الاتفاق على التحكيم والاتفاق على شخص المحكم، فمن الجائز أن يتما معاً أو أن يسبق أحدهما الآخر، إلا أنه يلزم أن يثبت اتفاق الخصوم على شخص المحكم كتابة- كما بينت سابقاً- على اعتبار أن الكتابة لازمة لكل عنصر من العناصر المكونة لاتفاق التحكيم، كما يستوي أن يتم الاتفاق على شخص المحكم في صلب عقد التحكيم – شرطاً أو مشارطة – أو يتم في اتفاق مستقل، ويستوي أن يكون الاتفاق المستقل سابقاً للعقد أو تالياً عليه [١]، فإذا تم الاتفاق بإحدى هذه الصور فإنه يحجب سلطة القضاء في التدخل لاختيار الحكمين، وإذا كان لأحد الأطراف وكيلاً فإن تفويضه بالتحكيم يجيز له الاتفاق على شخص المحكَّم أو صفته، أما إذا لم يكن الوكيل مفوّضاً بالتحكيم، وكان عقد التحكيم قد أبرم من المحتكم نفسه فإن الوكيل لا يملك الاتفاق على تعيين المحكّم إلا بتفويض خاص، لأنه من باب الإذن في التصرفات التي لا تصح دون قبول الموكل [٢]، وما يقال للوكيل يقال للمضارب في عقد المضاربة، وقد نصت المعايير الشرعية على أنه لا يحق للوكيل أو المضارب الموافقة على التحكيم إلا برضا الموكل، أو أرباب المال، أو بالنص على ذلك في شروط المضاربة مثل شروط حسابات الاستثمار، كما أنه لا يكون طرفاً في التحكيم عن الشخصية الاعتبارية إلا من يمثلها رسمياً [٣].

**الفرع الثاني: العــدد في هيئة التحكيم**

لم يشترط الفقهاء عدداً معيناً بالنسبة لهيئة التحكيم، فيصح أن يكون واحداً أو أكثر، وذلك واضح باستقراء وقائع التحكيم التي حدثت منذ أيام الصحابة رضوان الله عليهم ولم ينكر أحدهم على أحد حال المحكّم فرداً كان أو جماعة[٤] وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على أنه يجوز تعدد المحكّم، يعني يجوز نصب حكمين أو أكثر لخصوص واحد، ويجوز أن ينصب كل من المدعي

---

[1] ابو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ص:٤٥.

[2] جمال، مصطفى محمد و عبد العال، عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والخارجيـــة،ص: ٥٨٥، وانظر: حيدر، علي، شرح مجلة الأحكام العدلية، المادة: (١٤٥١-١٤٥٤ )،ج/٣، ص: ٤٥٢ وما بعدها.

[3] المعايير الشرعية، المادة: (٨) فقرة:٧.

[4] الشيخ النظّام ومجموعة من علماء الهنـــد، الفتـــاوى الهنديـــة، ج/ ٣، ص: ٤٠٠، البـــاجي، المنتقـــى،ج/٥، ص:٢٢٧، السمناني،روضة القضاة،ج/١، ص: ٧٨-٧٩، الخطيب الشربيني، مغني المحتـــاج،ج/٤،ص: ٣٧٩، الماوردي، أدب القاضي، ج/٢، ص: ٣٧٩

والمدعى عليه حكماً [1] - إلا ما جاء بخصوص التحكيم في الشقاق والنزاع بين الزوجين[2]، وبخصوص التحكيم في الصيد[3] - والدليل على عدم اشتراط العدد:

**أولاً:** فعل الصحابة رضوان الله عليهم: ففي خلاف علي بن أبي طالب - كرم الله وجهه- مع معاوية، حكّم عليّ أبا موسى الأشعري وحكّم معاوية عمرو بن العاص ورضيا بحكمهما عليهما، وحكّم عمر بن الخطاب وأبيّ بن كعب زيد بن ثابت، وحكّم عثمان وطلحة جبير بن مطعم، وذلك كله جائز شرعاً ولا شائبة فيه [4].

**ثانياً:** القياس على جواز تعدد القضاة المنصوبين من قبل السلطان، وهو مذهب الحنفية[5] ووجه عند الشافعية [6] والحنابلة[7]، ولم يعتمد المالكية القياس في هذه المسألة مع أنهم يقولون بجواز تعدد المحكمين أو انفراد واحد بالحكم، إلا أنهم لا يجيزون أن يولي الخليفة قاضيين مشتركين في قضية واحدة، ويعللون ذلك أنه لايصح أن يكون الحاكم نصف حاكم[8]، وأما الوجه الثاني من قول الشافعية فيمتنع تعدد القضاة في المسألة الواحدة لما قد يقع بينهما من الخلاف في محل الاجتهاد، ويؤخذ من التعليل أن عدم الجواز محله في غير المسائل المتفق عليها [9]،أما في التحكيم فيصح لأن التحكيم تولية من قبل الخصوم وهو قائم على التراضي، فقد يرتضيان تحكيم واحد أو أكثر ولا حرج في ذلك، إلا أن الفقهاء اشترطوا أنه عند تعدد المحكمين ينبغي ان يتفقوا على حُكم

---

[1] حيدر، علي، شرح مجلة الأحكام العدلية، المادة: (١٨٤٣)، ج/٤،ص: ٦٣٣

[2] لنص الآية الكريمة: {وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا} [النساء: ٣٥] وللفقهاء في هذه المسألة قولان: الأول: وهو مذهب جمهور الفقهاء من حنفية وشافعية وحنابلة أن العدد شرط في التحكيم في الشقاق والنزاع عملاً بظاهر الآية الكريمة ولأنه سيكون محلاً للتهمة من كلا الزوجين فلا يفشي إليه سره،والثاني: أن العدد ليس بشرط، وهو مذهب المالكية، جاء في المدوّنة: " (قلت) فإذا كان ذلك منهم (أي اشتراط كون الحكم من أهل الصلاح وولاة العلم) إلى رجل واحد اجتمعا عليه ( أي الزوجان) هل يكون بمنزلة الحكمين لهما جميعاً، (قال) نعم: إنما هي أمورهما التي لو أخذاها دون من يحكم فيها كان ذلك لهما، وكذلك هي إلى من جعلاها إليه، إذا كان يستأهل أن يكون ممنّ يجعل ذلك إليه،أهـالإمام مالك، المدونة الكبرى،ج/٥،ص:٣٦٨، وانظر: الكاساني، بدائع الصنائع،ج/٢، ص: ٣٣٤، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج/٣، ص: ٢٦١،البهوتي، شرح منتهى الإرادات،ج/٣،ص:٥٥، الدردير، الشرح الكبير، ج/٢،ص: ٣٤٦.

[3] لنص الآية الكريمة: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ} [المائدة: ٩٥]وقد ورد عن العلماء صحة إسقاط العددبالنسبة للشقاق بين الزوجين دون مسألة الصيد، وذلك لأن جزاء الصيد حق لله تعالى فلم يجز إسقاطه،وأما الشقاق فهو حق للزوجين فلهما إسقاطه.أ.هـ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج/٤، ص: ١١.

[4] السمناني،روضة القضاة،ج/١، ص: ٧٨-٧٩، الماوردي، أدب القاضي، ج/٢، ص: ٣٧٩- ٣٨٠

[5] برهان الدين مازة، المحيط البرهاني،ج/ ٣، ص: ٢٥٢٣ , حيدر، علي، شرح مجلة الأحكام العدلية، المادة: (١٨٤٣) والمادة ( ١٨٠٢)، ج/٤، ص: ٦٣٣.

[6] الماوردي، الحاوي الكبير، ج/ ١٦، ص: ١٤، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج،ج/٤،ص: ٣٧٩

[7] المرداوي، الإنصاف، ج/١١، ص: ١٦٧.

[8] الخرشي، شرح مختصر خليل، ج/٧، ص: ١٤٤.

[9] الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج/ ٢، ص: ٦١٥.

واحد، ولا ينفذ حُكم واحد منهما حتى يتفقا على الحُكم كما اتفقا على النّظر [١]، وخروجاً من هذا الاختلاف فقد أوجبت كثير من التشريعات والقوانين اعتبار الوتريّة في عدد المحكمين[٢] وصولاً إلى رأي مرجّح عند الاختلاف، وجعلت المعايير الشرعية الأولوية في اعتبار عدد المحكمين فرديّاً حتى يكون الحُكم عند الاختلاف بالأكثرية[٣]، فإن لم يكن العدد وتراً يعيّن أطراف النزاع أو المحتكمون أحد المحكّمين رئيساً لهيئة التحكيم، ويكون رأيه مرجّحاً عند تساوي الآراء، كما يجوز للمحكّمين المعينين عن الطرفين أن يعيّنا محكّماً فيصلاً إذا أذن لهما طرفا النزاع بذلك [٤]، ولم تحدد المعايير مدة لتعيين المحكم من قبل الأطراف وفق الحالات السابقة، وكان الأولى أن يتم تحديد المدة ليترتب على فوات المدة حق الطرف الآخر باللجوء للقضاء لتعيين المحكم، وقد ألزم القانون النموذجي الأطراف بتعيين المحكم من كل جهة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم المدعى عليه الإشعار بالتحكيم، فإذا انقضت المدة دون الاتفاق على المحكم – تنفيذاً لشرط التحكيم في العقد– أولم يتم الاتفاق على المحكم الثالث، وجب أن تقوم بتعيينه – بناءً على طلب أحد الطرفين – المحكمة أو السلطة التي اتفق الطرفان ابتداءً للّجوء إليها عند النزاع[٥].

وعليه فإن تدخل المحكمة أو المؤسسة التحكيمية[٦] في تكوين هيئة التحكيم عندما تتخلف فيها إرادة الطرفين كلياً، أو تكون في حاجة إلى استكمال، يقع في حالات ثلاث:

**الحالة الأولى:** أن تكون هيئة التحكيم مكونة من محكّم واحد فقط باتفاق الطرفين ابتداءً، ثم لما قام النزاع لم يتفق الطرفان على شخصه أو صفته، كان لأحد الطرفين ممن له مصلحة في

---

[1] الخصاف: أدب القاضي،ج/٤، ص: ٦٨–٦٩، الباجي، المنتقى،ج/٥، ص:٢٢٧، الماوردي، أدب القاضي، ج/٢، ص: ٣٨٥،

[2] القانون النموذجي " اليونسترال " مادة (7)، فقرة ١، ٢.

[3] (أقول): وفي مبدأ الحكم بالأكثرية ورد قول عند المالكية نقله ابن رشد في مسألة مشاورة القاضي لغيره عند ظنه أن رأيه ليس بصواب إذا لم يكن من أهل الاجتهاد، حيث يقول: " وأما إن لم يكن من أهل الاجتهاد( أي القاضي ) ففرضه المشورة والتقليد، فإن اختلف عليه العلماء قضى بقول أعلمهم. وقيل: بقول أكثرهم على ما وقع في المدونة من اختلاف الرواية في الحكاية عن الفقهاء السبعة، والأول أصح. وقيل إن له أن يحكم بقول من شاء منهم إذا تحرى الصواب بذلك ولم يقصد الهوى، أو له أن يكتفي بمشورة واحد من العلماء، فإن فعل ذلك فالاختيار أن يشاور أعلمهم، فإن شاور من دونه في العلم وأخذ بقوله فذلك جائز إذا كان المشاور من أهل النظر والاجتهاد. أ.هـ ابن رشد، البيان والتحصيل، ج/ ٩، ص: ١٩١.

[4] انظر المواد: (٣/٨، ٨ /٤ ).

[5] المعايير الشرعية، مادة (٨) فقرة: ٥، القانون النموذجي ( اليونسترال )، المادة (٧، ١– ٢ ) والمادة ( ٨ / ١ –٢ )، وتختلف المدد المحددة في القوانين كمهلة للأطراف في تعيين المحكم أو الطرف الثالث، وقد حددها قانون التحكيم الأردني بخمسة عشر يوماً.

[6] وتسمى في القانون النموذجي: **بسلطة التسمية أو سلطة التعيين** ؛ ويمكن للأطراف ابتداءً الاتفاق على سلطة التعيين، كأن يتم اختيار محكمة التحكيم الدائمة في لاهاي سلطة للتعيين، ويجب أن يكون اقتراح التعيين محدداً بمدة ثلاثين يوماً لا يتجاوزه، بشأن الاتفاق على سلطة التعيين أو تسميتها، وتشمل وظيفة سلطة التعيين توجيه المحكمين أو الأطراف بأي معلومات ضرورية، وإعطائهم كل فرصة ممكنة لعرض آرائهم أو توفير مراسلاتهم. أنظر: المادة: ( ٦ / ١ – ٥ ).

التحكيم أن يتقدم للمحكمة المختصة لتعيين المحكّم، ولا يكون هذا الطلب مقبولاً قبل قيام النزاع بالفعل حتى وإن لم يكن الطرفان قد اتفقا على وقت معين لاختيار المحكّم، إذ في هذه الحالة يكون هناك اتفاق ضمنيّ على تأجيل اختيار المحكم إلى حين قيام النزاع بحيث يكون الالتجاء إلى التحكيم قبله أمراً إحتمالياً لا يستدعي اختيار المحكّم قبل أوانه [١].

**الحالة الثانية:** أن تكون هيئة التحكيم مكونة من ثلاثة محكّمين أو أكثر، ولا يكون اتفاق عليهم بالإسم أو الصفة أو على كيفية اختيارهم، مع كون الاتفاق على عددهم مقرراً من الأطراف ابتداءً، والأصل في هذه الحالة أن يكون لكل من الطرفين اختيار أحد المحكّمين أو نصف عددهم باستثناء المحكّم المرجح، ويتولى المحكّمان المختاران من الطرفين– أو المحكّمون المختارون من قبلهما في حال زيادة العدد عن ثلاثة– إختيار المحكّم المرجح، فإذا لم يعيّن أحد الطرفين محكّمه أو محكّميه،أو لم يقم المحكّمون المختارون بتعيين المحكّم المرجح، وانقضت مدة ثلاثين يوماً على تسلم الطلب، تتولى المحكمة المختصة بناءً على الطلب تعيين هيئة التحكيم،على أن المحكّم المرجح يتولى في هيئة التحكيم مهمة رئاستها، وذلك ليكون رأيه فيصلاً عند تساوي الآراء [٢].

الحالة الثالثة: أن يكون هناك اتفاق معين من أطراف النزاع على الإجراءات المتبعة في عملية اختيار المحكمين، ثم يختلفون في عملية الاختيار، وصورته مثلاً أن يتفق الأطراف على شروط معينة تتعلق بتخصص من يقع عليه الاختيار أو خبرته، فيكون ممن تعلقت مهنته بالموضوع محلّ النزاع كاختيار مهندس إذا كان الخلاف في عقود الإنشاءات والمقاولات الهندسية، أو اختيار المحامي إذا تعلق النزاع بخلافات قانونية، يكون ذلك مناطاً لتدخل المحكمة باستكمال إجراءات تعيين المحكّم وفق ما اتفقوا عليه عند العقد بناءً على طلب الأطراف أصحاب المصلحة، مالم ينص في الاتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل، وفي ذلك ليكون التأكيد من قبل القضاء على احترام ما قد يكون الطرفان قد اتفقا عليه من كيفية أخرى لإنجاز الإجراء المتفق عليه في تكوين هيئة التحكيم [٣].

---

[1] جمال، مصطفى محمد و عبد العال، عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والخارجية،ص: ٥٨٩ – ٥٩٠.

[2] المعايير الشرعية، المادة (٨ ) فقرة: (٣–٥ )، وانظر: جمال، مصطفى محمد و عبد العال، عكاشة،التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والخارجية،ص: ٥٩٠– ٥٩١، القانون النموذجي ( اليونسترال )، المادة ( ٩/ ١، ٣ ).

[3] المرجع السابق، وانظر: المعايير الشرعية: المادة ( ٨) فقرة: ( ٥).

## المطلب الثاني: قبول المحكّم لمهمة التحكيم

مادام أن التحكيم عقد رضائي فإن الإيجاب الصادر من أطراف النزاع يجب أن يقابله قبول من المحكَّم أو المحكمين، شأنه شأن كل العقود التي تتضمن وجوب توافق الإرادتين عند إنشاء العقد، وعليه فإنه لا يُجبر أحد من المحكمين على مباشرة عقد التحكيم أو الرضا به ابتداء، وإنما هي عملية تبادلية في الإرادات الحرّة عند إنشاء العقد، أما بعد قبول المحكّم للمهمة التحكيمية فإن العقد يصبح عندئذ لازماً له بحيث يكون مسؤولاً عن هذا الاتفاق ديانةً وقضاءً.

ويُقصد باللزوم في العقد[1]: عدم إمكان رجوع العاقد عن العقد بإرادته المنفردة، بمعنى أنه لا يستطيع العاقد فسخه إلا بالتراضي، وهذا التراضي على الفسخ يسمى عندئذٍ إقالة، أو تقايلاً [2]، ويُقصد بالالتزام: كون الشخص مكلفاً بفعل أو بامتناع عن فعل لمصلحة غيره[3]، فإذا قبل المحكّم مهمة التحكيم وجب عليه أن يتممها، ولا يصحّ أن يتنحى عن مهمته لما قد ينشيء ذلك من أضرار نتيجة تنحيه، ويتفق الفقهاء على أن العقد متى اكتسب صفة اللزوم ليس لأحد العاقدين فيه رجوع إلا باتفاقهما، لأن في نقض العقد تغييراً للوضع الحقوقي الذي الذي استقر بين المتعاقدين[4]،فإذا ترتب ضرر نتيجة تنحيه فإنه يتحمل مسؤولية الضرر الواقع ويحُكم عليه بالتعويض لصالح الخصوم [5]، وكما لزم أن يكون الإيجاب مكتوباً فإنه يلزم أيضاً أن يكون قبول المحكّم لمهمة التحكيم مكتوباً أيضاً سواءً من خلال العقد الذي أبرمه الطرفان أو من خلال حكم المحكمة، ويتعلق بقبول المحكّم لمهمة التحكيم:أنه لا يجوز له أن يستخلف غيره إلا بإذن من اختاره للتحكيم، لأن الرضا به مرتبط بشخصه، إلا إذا كان التحكيم لمؤسسة أو لجنة تحكيمية، وكان تعيين أعضائها مراعى فيه شروط تشكيلها المعلنة[6].

---

[1] الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ١/ص: ٥١٣– ٥١٤.

[2] انظر في مفهوم الإقالة: المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج/ ٣، ص: ٥٤ – ٥٥، الخرشي، شرح مختصر خليل، ج/ ٥، ص: ١٦٥، ١٦٦، النووي، روضة الطالبين، ج/ ٣، ص: ٤٩٣، ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ج/٤، ص: ١٢٣، ١٢٤.

[3] الفرق بين **الالتزام والعقد:** أن العقد مصدر من مصادر الإلتزام وأحد الأسباب المولدة له، والالتزام أثر حقوقي قد ينشأ عن عقد فيسمى " التزاماً عقدياً" أو عن سبب آخر فيكون " التزاماً غير عقديّ "، وأما الفرق بين **الالتزام والحكم الأصلي للعقد:** فإن الحكم الأصلي هو الأثر النوعي للعقد، كانتقال الملكية بعوض في عقد البيع وبلا عوض في الهبة، وأما الالتزامات التي يُنشئها العقد فهي: كل تكليف بفعل أو بامتناع عن فعل يجب بمقتضى العقد على أحد العاقدين لمصلحة العاقد الآخر، كتسليم المبيع، وأداء الثمن وضمان العيب،أو أن ما يفهم الإنسان حصوله بمجرد سماعه بوقوع العقد الصحيح هو الحكم الأصلي لذلك العقد، وما لا يفهم حصوله بالعقد بل يحتاج العلم بحصوله إلى استفهام، فهو الالتزام. أ هـ الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ١/ص: ٥١٦– ٥١٩، وانظر: نظرية الالتزام، السنهوري، عبد الرزاق، ج/ ٢.

[4] الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ١/ص: ٥٢٢.

[5] ابو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ص: ١٨٣– ١٨٥، وانظر: المعايير الشرعية: المادة ( ٥) فقرة: (٢).

[6] المعايير الشرعية، المادة ( ٨) فقرة (٦ ).

## المطلب الثالث: الشروط الواجب توافرها في هيئة التحكيم

يتفق الفقهاء – كما تبين سابقاً – على وجوب توفر أهلية الأداء في المحكّم، ويقابله اتفاق الأنظمة والقوانين على وجوب توفر كامل الأهلية في المحكم أو ما يُسمى بالأهلية المدنية، بأن يكون بالغاً عاقلاً غير محجور عليه، وأما ما سوى ذلك من الشروط، فقد اختلف الفقهاء في اعتبارها تبعاً لاختلافهم في تكييف طبيعة عمل المحكّم هل هو موازٍ لعمل القاضي أم هو بمثابة الوكيل عن أطراف النزاع ؟، ولا شك أن من اعتبر المحكّم كالقاضي من حيث سلطته الملزمة في الحكم بين الخصوم اتخذ كل التدابير والاحتياطات التي من شأنها أن لا تُخلّ بمبدأ التقاضي، بحيث يكون مجلس التحكيم يوازي مجلس القضاء من حيث الشكل والمضمون، وأجد أن قياس المحكّم على القاضي يوقع الحرج والمشقة سواءً بالنسبة لأطراف النزاع أو بالنسبة لأعضاء هيئة التحكيم، ذلك أن الدائرة التي تسمح باختيار أشخاص الهيئة ستضيق، بسبب كثرة الشروط التي يجب على أطراف الخصومة أن يتحروها في شخص المحكم، ثم إن مجلس التحكيم يختلف قطعاً من حيث مضمونه عن مجلس القضاء، كما أن الصلاحيات المتاحة بالنسبة للمحكم تختلف تماماً عن صلاحيات القاضي، والفقهاء أنفسهم ضيقوا صلاحيات المحكَّم في الحدود المتاحة له في الحكم فمنعوا أن يحكم في المسائل المتعلقة بالنظام العامّ، وكذلك سمح بعضهم أن يعود الأطراف عن رضاهم بتحكيم الحكم قبل شروعه بالحكم وغير ذلك من القيود التي لا نجدها بالنسبة للقاضي المولّى،ولست في بحثي بصدد دراسة مسألة شروط القاضي على تفصيلاتها الدقيقة التي وردت في كتب الفقهاء، لأن البحث في جوانب المسألة كلها يحتاج إلى دراسة مستقلة ومتكاملة خصوصاً إذا كنا نتكلم عن إسقاط صفاته على العصر الحالي لموازنة مدى تحققها واقعاً، وفيما يلي أستعرض شروط المحكم في مذاهب الفقهاء باختصار ثم ما تداولته القوانين الحديثة بهذا الشأن من خلال المسائل التالية:

**المسألة الأولى: شروط المحــكَّم عند الفقهاء**

**أولاً: مذهب الحنفية**

يعد الحنفية المحكم كالقاضي[1]، وهم عندما يبحثون شروط القاضي المولى فإنهم يضعون أساساً لاعتبار صحة وبطلان تولّيه للقضاء كونه أهلاً للشهادة عندهم، وبالقياس فإن المحكّم إذا لم يكن أهلاً للشهادة لا يكون صالحاً لأداء مهمة التحكيم، وفي ذلك يقول الخصاف: " ولو حكّما بينهما من لا تجوز شهادته: مثل المكاتب، والعبد، والأعمى، والمحدود في قذف، والذمي، فحكم

---

[1] أنظر: ابن عابدين،حاشية رد المحتار، ج/٥،ص: ٤٢٨، ابن نجيم، البحر الرائق، ج/٧، ص: ٢٦.

بينهما فإن ذلك لا يجوز، لأنّ المحكم في حقّ المحكمين بمنزلة القاضي المولى، وهؤلاء لا ينفذ قضاؤهم، بل يتوقف إذا كان مولّى من جهة السلطان، فكذلك إذا كان محكماً بينهما لا ينفذ، بل يتوقف، والجامع بينهما: أن القضاء ينبني على الولاية، وهؤلاء ليس لهم ولاية الشهادة، فأولى أن لا تكون لهم ولاية القضاء "[1]، ويصحّ تحكيم الفاسق وإن كان الأولى عدالة المحكّم لأن شهادته جائزة عندهم، وكذلك يصحّ تحكيم المرأة كما في القضاء، وكذلك الكافر في حق الكافر لأنه أهل للشهادة في حقه، ويجوز تقليده القضاء ليحكم بين أهل الذمة [2].

**ثانياً: مذهب المالكية**

يساوي المذهب المالكي في اعتباره لشروط المحكم ذات الشروط التي اعتبرها في القاضي، إلا أن خلافاً في بعض تلك الشروط، مفاده عنده طبيعة مهمة المحكم، هل هو بالنسبة للخصوم كالوكيل، وعندها يمكن إغفال بعض تلك الشروط أم لا ؟ وبالقياس على القاضي، فإن المالكية يشترطون في المحكم أن يكون رجلاً حرّاً مسلماً بالغاً عاقلاً عدلاً رشيداً، ولكنهم بعد ذلك اختلفوا في المرأة إذا حكمت أو الصبي أو النصراني أو غير العدل وكان حكمهم موافقاً للحق هل ينفذ أم يبطل، على قولين في المذهب، يقول الباجي: وأصل ذلك كله أن من جعله من باب الوكالة لم يراع فيه شيئاً من ذلك إذا لم يكن ذاهب العقل، ومن جعله من باب الولاية في حكم خاص لم يُجز فيه إلا ما تقدّم من الصفات ممن اجتمعت فيه صفات الحكم [3].

**ثالثاً: مذهب الشافعية**

يرى الشافعية أنه بمجرد اتفاق الخصمين على واحد ليحكم بينهم صار حاكماً، فوجب أن يكون أهلاً للقضاء، فإذا كان غير أهل فلا ينفذ حكمه قطعاً، والمراد بالأهلية الأهلية المطلقة لا بالنسبة إلى تلك الواقعة، ولهذا قالوا يشترط فيه صفة القاضي [4]، على أنه لا يصح عند الشافعية قضاء المرأة فكذا لا يجوز تحكيمها، ويجب عندهم أن يكون المحكّم مجتهداً، كما يجوز أن يكون قاضياً، فإن لم يكن من أهل الاجتهاد بطل تحكيمه ولم ينفذ حكمه [5].

---

[1] الخصاف: أدب القاضي،ج/٤، ص: ٦١، الحكم في شهادة الفاسق ليس على إطلاقه عند الحنفية، بل فيه تفصيل، فمن كان سبب فسقه قذف المحصنات لا تقبل شهادته حتى لو تاب.

[2] الزيلعي، تبيين الحقائق، ج/٤، ص: ١٩٣.

[3] الباجي، المنتقى،ج/٥، ص: ٢٢٨، القرافي، الذخيرة، ج/ ١٠، ص: ٣٦

[4] الخطيب الشربيني، مغني المحتاج،ج/٤،ص: ٣٧٨.

[5] الماوردي، أدب القاضي،ج/٢، ص: ٣٨٠.

**رابعاً: مذهب الحنابلة**

اختلف الحنابلة في تكييف المحكّم إن كان وكيلاً أو حاكماً على قولين، إلا أنهم في حديثهم عن المحكّم يشترطون فيه أن يكون كالقاضي من حيث أهليته للشهادة والاجتهاد، ولا يجيزون قضاء المرأة كما الشافعية كما لا يجيزون قضاء الفاسق لاشتراط العدالة في الحاكم أو الوكيل[1].

وبالنظر إلى آراء الفقهاء مما تقدم يظهر أن العناية التي أولاها الفقهاء في اختيار شخص المحكّم أو هيئة التحكيم بشكل عام إنما كان لاعتبارهم أن عملية التحكيم لا تعدو أن تكون محكمة مصغرة، كل ما في الأمر أن التحكيم يختصر من إجراءات القضاء ويسهل على أطراف النزاع الوصول إلى حقوقهم دون المعوّقات الزمنية أو الشكلية التي قد يجدونها في حال لجوئهم إلى القضاء.

**المسألة الثانية: شروط المحــكَّم في القانون**

لايشترط القانون في المحكَّم أن تتوافر فيه شروط القاضي التامة، إلا أنه يقيد المحكم ببعض الصفات التي من شأنها أن تضمن سير عملية التحكيم بشكل صحيح يتفق مع الأهداف العامة التي يحققها التحكيم لمصلحة الخصوم، ودون أن يكون في ذلك مخالفة للنظام العام أو القوانين الخاصة في الدولة، وتتمثل شروط المحكم في الأمور التالية:

**أوّلاً: الأهلية المدنية.**

والمقصود بالأهلية المدنية أهلية الأداء، فيشترط في المحكم أن تتوفر فيه أهلية الأداء الكاملة [2]، وهو موافق لاتفاق الفقهاء، فلا يصح أن يكون المحكّم قاصراً أو محجوراً عليه، سواءً كان الحجر لذاته أو بحكم من المحكمة، مثل المجنون والسفيه وذي الغفلة، كما لا يصح أن يكون محروماً من حقوقه المدنيّة بسبب الحكم عليه بجناية أو جنحة مخلّة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه، فإذا رُدَّ إليه اعتباره هل يبقى محروماً من ممارسة حقوقه المدنية أم لا ؟ على قولين بين أهل القانون [3]، أما الدِّين فلا تشترط الاجتهادات القانونية أي قيد يتعلق بدين المحكَّم أو ملته،إلا إذا كان ذلك شرطاً اتفاقياً بين الأطراف.

---

[1] ابن قدامة، الكافي،ج/٤،ص:٤٣٦،ج/٣، ص: ١٣٩، المرداوي، الإنصاف،ج/١١،ص: ١٩٧

[2] المعايير الشرعية، المادة ( ٨ )، فقرة (١).

[3] حداد، حمزة، التحكيم في القوانين العربية،ص: ١٩٠، ويحظر قانون التحكيم الأردني والسوري على المحروم من حقوقه المدنيّة بسبب الحكم عليه بجناية أو جنحة مخلّة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه من ممارسة التحكــيم حتى وإن رد إليه اعتباره.

**ثانياً: الأهلية السياسية**

تذهب بعض الأنظمة إلى اشتراط أن يكون المحكَّم وطنياً، باعتبار أن التحكيم نوع من القضاء، ينبغي ألا يتولاه الأجانب، إلا أن معظم آراء القانونيين تتجه إلى عدم اشتراط جنسية معينة في شخص المحكم إلا إذا كان اتفاق التحكيم يتضمن شرطاً بذلك من قبل الأطراف أنفسهم لا بأمر القانون، ويعللون ذلك: أنه وإن كان التحكيم قضاءً خاصاً إلا أن الأساس الذي يقوم عليه التحكيم هو احترام إرادة الطرفين في اختيار المحكَّم، فيجب ألا يوضع قيد على هذه الإرادة خصوصاً إذا توافرت ثقة الأطراف في الأجنبي، وعند اختلاف الجنسية قد يكون من المناسب أن يختار الطرفان المحكَّم من جنسية مختلفة عن جنسية أحد الطرفين، ويحدث هذا عادة عندما يتم تشكيل الهيئة من ثلاثة محكَّمين، إذ يتفق الأطراف على أن يكون اختيار رئيس الهيئة من جنسية مختلفة عن جنسيتهما، ومع ذلك فإنه إذا لم يتفق الطرفان على ذلك، فإنه يجوز للغير المناط به الاختيار أو للمحكمة أن تختار رئيس الهيئة من جنسية أحد الطرفين، ولأن المحكَّم يتأثر بثقافته الوطنية والدينية ويكون أكثر تفهّماً وممارسة للنظام القانوني لدولته، فإنه يجب مراعاة هذه الاعتبارات عند اختيار المحكَّم، فلا يُختار محكَّم أجنبي في تحكيم اتفق فيه على تطبيق قانون دولة معينة أو الشريعة الإسلامية أو تحكيم يتعلّق بعقد أُبرم ونُفّذ في تلك الدولة المعينة [١]، ولم تحدد قواعد القانون النموذجي شيئاً بالنسبة لجنسية المحكم، فاختيار المحكم والاقتناع به من أحد الأطراف كافٍ في توليه مهمة التحكيم [٢].

وخلاصة القول أن تغير الحال والزمان صار يُرتب صعوبات بالغة في استقراء الصفات التي يطلبها الفقهاء في شخص المحكَّم إذا ما اكتفينا بقياس المحكَّم على القاضي، كما أنه لايصح إغفال الشروط العامة للمحكم أو إسقاطها أو الاكتفاء بصفات الشخص العادي وذلك مراعاة لأهمية العملية التحكيمية ودورها البارز في حل النزاعات،ولأن التحكيم كما بين فقهاء الشافعية يمكن اعتباره من باب القضاء الخاص[٣]،فإذا تم التهاون في الشروط التي تعتمد هيئة التحكيم كان ذلك سبيلاً في التهاون في الحكم الصادر من المحكم، أو زيادة نسبة تحقق البطلان في الحكم النهائي نتيجة الخلل الصادر من هيئة التحكيم والذي قد يرجع لجهل المحكم أو عدم أهليته، ولهذا أجد أن شروط المحكّم ينبغي أن يحيطها جانب المرونة فيما لا يتعارض مع طبيعة التحكيم كعمل

---

[1] والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٢٣٢ –٢٣٣.

[2] القانون النموذجي ( اليونسترال )، المادة: ( ٨ / ١، فقرة: ب، ج، د )، فيما نصت مواد القانون النموذجي لعام ٢٠٠٦ على أنه لا يُمنع أي شخص من العمل كمحكم بسبب جنسيته، مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك. أنظر: المادة ( ١١ / ١ لسنة ٢٠٠٦ )

[3] النووي، روضة الطالبين، ج / ١١، ص: ١٢٣.

قضائي بعد بدء العملية التحكيمية، وبمقابلة آراء الفقهاء مع ما ذهبت إليه التقنينات الحديثة أجد أن مسألة الشروط العامة الواجب توافرها في هيئة التحكيم تحكمها الموازنة بين أمرين:

**الأول: مراعاة الشبه بين المحكَّم والوكيل عند اختيار هيئة التحكيم وإنشاء سلطة المحكَّم**

حيث إنه لا يمكن إغفال الشبه بين المحكَّم والوكيل عند اختيار أطراف النزاع للمحكَّم أو لهيئة التحكيم، فإرادة المحتكمين هي المنشئة لسلطة المحكَّم[١] وهي المقررة لأشخاص الهيئة وهي التي ستحدد دائرة النزاع التي سيباشرها المحكّمون تماماً كالوكيل الذي لا يمكنه القيام بالعمل الموكول إليه إلا بإذن الموكل وفي حدود الدائرة التي أذن له بالتصرف فيها بخلاف القاضي الذي لا يتم تعيينه من قبل الخصوم وإنما يستمد ولايته من الحاكم، فهو ينظر في النزاع حتى وإن لم يرض الخصوم،ولا يُشترط باتفاق الفقهاء في الوكيل سوى توفر الأهلية المدنية العامة وهي البلوغ والعقل لأنه لا ولاية لغير البالغ أو غير العاقل على نفسه فلا تكون له ولاية على غيره – مع استثناء صحة تصرف القاصر في حدود ما يؤذن له بالتصرف فيه عند الحنفية [٢]، وأن يكون قادراً على إجراء الأمور الموكل بها بالذات لنفسه أو لغيره بحسب الولاية، وبنص القوانين المدنية: "أن يكون مالكاً حق التصرف بنفسه فيما وكل فيه، غير ممنوع من التصرف فيما وكل به "[٣].

**الثاني: مراعاة الشبه بين المحكَّم والقاضي بعد إنشاء سلطة التحكيم**

وعندها يجب أن تتوفر في المحكّم صفات كالقاضي ( على اختلاف بين الفقهاء كما سبق في بعض الشروط ):

أ– فيجب توفر أهلية الأداء فيه من البلوغ والعقل وهذا كمال حكمه، لأن باجتماع العقل والبلوغ يتعلق التكليف ويثبت للقول حكم ولا يكفي العقل الذي يتعلق بالمدركات الضرورية حتى يكون صحيح التمييز جيد الفطنة بعيداً عن السهو والغفلة يتوصل بذكائه إلى حلّ ما أشكل وفصل ما أعضل، كما يجب أن يكون سليماً في حواسه وهذا كمال خَلقه،ويكون سليماً بصحة بصره فلا يكون أعمى، وصحة سمعه، فلا يكون أصمّ، وسلامة لسانه، فلا يكون أخرس حتى يكون قادراً

---

[1] السرطاوي، محمود، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص: ٤٥.

[2] الخصاف: أدب القاضي،ج/٤، ص: ٦١، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج/١، ص: ٥١،

[3] حيدر، علي، شرح مجلة الأحكام العدلية، المادة (١٤٥٨)،ج/٣،ص: ٤٧٠ وما بعدها،القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ٧٦،المادة (٨٣٤) فقرة:أ.

على تمييز المدعي من المدعى عليه وسماع الخصوم والنظر في العقود ومخاطبة من يجالسونه مجلس الحكم [١].

ب- وأن يكون عالماً بالأحكام الشرعية وأصول التقاضي عند الحنفية والمالكية[٢] ومجتهدا عند الشافعية والحنابلة[٣] وسكتت معظم التشريعات القانونية عن هذا الشرط في المحكّم لأنهم يعدونه أمراً مناطاً بإرادة المحكمين واختيارهم لمن حاز ثقتهم على نحو يغني عن الاستعانة بالخبراء ويؤدي إلى سرعة الفصل في النزاع، مع توجيههم لأفضلية أن يكون المحكَّم ذا تخصص فني أو مهني يناسب القضية التي سيحكم فيها كاختيار المهندس إذا كان النزاع حول طبيعة هندسية معينة، أما أن يكون المحكَّم جاهلاً بقواعد القانون التي تحكم النزاع ومنعدم الخبرة بشأنه فهو أمر لا يقبله أحد[٤].

جـ- ولا مانع في نظر القانون أن تتولى المرأة مهمة التحكيم لأنه لا مانع أن تتولى القضاء وهذا الرأي يوافق رأي ابن جرير الطبري وابن حزم من الفقهاء[٥] أما الحنفية فقد أجازوا قضاء المرأة وتحكيمها فيما تجوز فيه شهادتها أي فيما سوى الحدود والقصاص [٦]، بينما منع جمهور الفقهاء أن تتولى المرأة مهمة القضاء والتحكيم[٧]، ويمكن البناء على ما ذهب إليه ابن جرير الطبري وابن حزم في جواز تولي المرأة التحكيم عملاً بالأصل، فالأصل في الأشياء الإباحة ما لم يقم دليل بالمنع، ولم يقم للجمهور دليل مانع لأن الأدلة التي يسوقونها في منع قضاء المرأة تتعلق بالولاية العظمى أو الخلافة فلا يصح قياس القضاء على الولاية العظمى للدولة، كما أن الأنوثة ليست حائلاً أمام فهم موضوع النزاع وحجج الخصوم ومعرفة الحق والحكم الشرعي والحكم به، وقد ثبت أن عمر بن الخطاب أسند للشّفاء ولاية الحسبة، والحسبة من الولايات العامة ومن اختصاصات القضاء [٨].

---

[1] الماوردي، أدب القاضي،ج/١، ص:٦١٨-٦٢٥، وانظر: السرطاوي، محمود، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص: ٥١.

[2] السرخسي، المبسوط، ج/ ١٦، ص: ١٠٩- ١١٠، الباجي، المنتقى،ج/٥، ص: ٢٢٨.

[3] الرملي، نهاية المحتاج، ج/٨، ص: ٢٤٢، ابن قدامة، المغني، ج/٧، ص: ٢٤٤

[4] والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٢٣٥- ٢٣٦، جمال، مصطفى محمد و عبد العال، عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية،ص:٦١٣

[5] ابن حزم، المحلى، ج/٤، ص: ٤٢٩، السيوطي، جواهر العقود، ج/ ٢، ص: ٢٩٠

[6] المرغيناني، الهداية، ج/٣، ص: ١٠٧، ابن نجيم، البحر الرائق، ج/ ٧،ص: ٥.

[7] شرح الزركشي على مختصر الخرقي،ج/٣، ص: ٣٦٨، الباجي، المنتقى، ج/٥، ص: ٢٢٨، حاشية الرملي، ج/٤،ص: ٢٨٠

[8] السرطاوي، محمود، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص: ٤٨-٤٩

د- كما اشترط الفقهاء في المحكم أن يكون مسلماً لأنه لا يصح ولاية غير المسلم على المسلم [١]، إلا ما جاء عند الحنفية في تحكيم الذمي على أهل الذمة، على اعتبار أن المحكم كالقاضي، وأن شرط القاضي عنده أن يكون ممن تصح شهادته، فيما لم يعتبر باقي الفقهاء قياس الشروط على الشهادة لأن الشهادة أقل مرتبة عندهم من القضاء فيراعى في المحكَّم أنه يتصدر مهمة ولاية أمر المسلمين فلا يكون إلا مسلماً.

وعند الحنفية أيضاً: إذا كان غير المسلم يريد أن يحكم بين خصوم غير مسلمين فيصح، لأن غير المسلم أو الذمي أهل للشهادة بين أهل الذمة دون المسلمين ويكون تراضيهما عليه في حقهما كتقليد السلطان إياه وتقليد الذمي ليحكم بين أهل الذمة صحيح لا بين المسلمين وكذلك التحكيم، فلو أسلم أحد الخصمين قبل الحكم لم ينفذ حكم الكافر على المسلم وينفذ للمسلم على الذمي،وقيل لا يجوز للمسلم أيضاً،وتحكيم المرتد موقوف عند أبي حنيفة فإن حكم ثم قتل أو لحق بغير المسلمين بطل حكمه، وإن أسلم نفذ وعند أبي يوسف ومحمد جائز بكل حال [٢]، "وإذا اصطلح مسلم وذمي على مسلم وذمي يحكمان بينهما وحكما جميعا للمسلم على الذمي جاز ؛ لأنهما يصلحان حكماً على الذمي، فيصلحان شاهداً عليه، ولو حكما للذمي على المسلم لا يجوز، لأن الذمي لا يصلح حكماً على المسلم، فخرج من البين[٣] وتعذر تنفيذ حكم المسلم أيضاً، وإن صلح حكماً عليه ؛ لأنه ما رضي برأيه وحده" [٤].

ولم يشترط القانون إسلام المحكم فيصح أن يكون المحكم من أي ديانة كان مادام ذلك تمّ برضا الأطراف ابتداءً، واعتبرت المعايير الشرعية أن الأصل أن يكون المحكَّم مسلماً، إلا إذا دعت الحاجة المتعيّنة إلى اختيار محكَّم غير مسلم للتوصل لما هو جائز شرعاً [٥].

أقول: والناظر في آراء الفقهاء الذين يجيزون تحكيم غير المسلم يجد أن اعتبارهم تحكيم غير المسلم إنما يشكل خرقاً لولاية المسلمين، وإن الله تعالى يقول: { وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً} [النساء: ١٤١]، ثم إنه يؤدي إلى اجتراء الكافر بالحكم ظلماً على المسلم، وهذا من شأنه إعمال الفساد وبث الفتنة، إلا أن الأحكام الشرعية بما انطوت على قواعد المرونة

---

[1] الكاساني، بدائع الصنائع، ج/٦، ص: ٢٦٦، أبو عبد الله المغربي، مواهب الجليل، ج/٦، ص: ١٥١، الشربيني، الإقناع، ج/٢، ص: ٦٣٢، البهوتي، كشاف القناع، ج/٦، ص: ٤١٦، الماوردي، الأحكام السلطانية، ص: ٨٤.

[2] ابن عابدين،حاشية رد المحتار، ج/٥،ص: ٤٢٨، ابن نجيم، البحر الرائق ج/٧/ص: ٢٤، ٢٥.

[3] **البين** في اللغة: الفراق، و المباينة المفارقة و تباين القوم تهاجروا، ويقال في المثل: غراب البين، لأنهم كانوا إذا رأوه حام عندهم تشاءموا بالفراق، الرازي، مختار الصحاح، ج / ١، ص: ٢٩.

[4] برهان الدين مازة، المحيط البرهاني،ج/ ٣، ص: ٢٦٠٦

[5] المعايير الشرعية، المادة: (٨) فقرة (٢)

والانسجام مع متتطلبات كل عصر وزمان تستلزم منا التوقف قليلاً عند هذه المسألة – كغيرها من المسائل التي أصبح تطبيق جزئياتها وصورها التي عرضها الفقهاء من الصعوبة بمكان، فمثلاً كان الفقهاء يشترطون في القاضي أن يكون مجتهداً.. حتى مرّ زمن صار فيه المجتهدون قلّة وإيجاد قاض مجتهد وفقيه أمر متعذر،حتى قيل أن باب الاجتهاد لم يُسَدّ ولكنه منسدّ، ثم إنه لما خيف من تولي العوام والجهلة لمنصب القضاء الخطير، فقد توجهت الجهات الحاكمة في القرن الثالث عشر الهجري بإنشاء مدارس خاصة للقضاء، حتى مُنع توجيه القضاء لغير المأذونين من مدرسة القضاء، بحيث صار الحدّ الأدنى الذي تحقق به أهلية القاضي هو اتصافه بالعلم والفهم والدراية بكيفية تطبيق الأحكام على الحوادث القضائية، وقدرته على استماع الحوادث والمسائل الدقيقة بصورة جيدة ـــ سوى الصفات الخُلقية التي تتحرى في شخصه من عدالة ومروءة وحسن استماع وتسوية بين الخصوم وغير ذلك..[١]

ولا يُعد ذلك من باب التهاون في شروط القاضي بقدر ما هو متابعة لواقع الحال، وتكييف الواقع بما لا يتعارض مع أحكام الشرع، فإنشاء المدارس والمعاهد التي تؤهل القاضي تحلّ كثيراً من إشكاليات القدرة وعدمها في الاجتهاد، خصوصاً وأن القاضي يرجع إلى نصوص القانون فيما ينظر ويحكم، كما أن وجود الهيئات الرقابية التي تلي مرحلة الحكم الأولي كمحاكم الاستئناف والنقض تعين على ضبط العملية القضائية وتوفر فيها الدقة والتوازن إلى حد كبير.
وما يقال عن القاضي واعتبار شروطه يُقال في المحكَّم، فعادة ما تستدعي الحاجة للمحكَّم غير المسلم في القضايا المتعلقة بالتحكيم الدولي، فإذا كان أحد أطراف الخصومة من دولة غير مسلمة فقد يتعذر أن يجد محكَّماً مسلماً من جهته، وتكون الضرورة الملجئة في اختيار محكم غير مسلم لا تشكل عائقاً إذا توخينا ضوابط وشروط تحول دون التظلم المحتمل من غير المسلم على المسلم، ولذلك أرى جواز أن يكون المحكم غير مسلم إذا تحققت الضرورة الملجئة والتي يتعذر فيها إيجاد محكم مسلم في مسائل التحكيم الدولي، لما يلي:

**أولاً:**أن الضرر في الشريعة ممنوع، فإذا تيقنا تحقق المفسدة والإضرار في مقابل توفر حدّ الضرورة الملجيء لمحكم غير مسلم لم يكن في هذا مخالفة لقواعد التشريع الإسلامي، ويدل على ذلك القواعد التالية:

**أ – إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما** [٢]: فعدم الرجوع للقضاء على المسلم ولا للمحكم غير المسلم –عند عدم تحقق الظروف البديلة – يفوّت على المسلم حقه

---

[1] حيدر، علي، مجلة الأحكام العدلية، ج/٤، ص: ٥٢٩.
[2] السيوطي،الأشباه والنظائر، ج/ ١، ص: ٨٧.

بالكلية [١]، ونحن إذ نتصدى لقضايا التحكيم الدولي فإننا نستعرض رؤوس أموال ضخمة تتجاوز الملايين سوى المصالح والحقوق المالية والعمالية المتعلقة بها والتي بتوقفها دون حلّ لنزاعاتها قد تودي بشركات ضخمة إلى الإفلاس أو إلى الخسائر الفادحة في الأموال والأشخاص، وهذه مفسدة عظيمة تتعدد آثارها لا على المال فقط بل على الأشخاص والحقوق، فيكون تحكيم غير المسلم من باب ارتكاب أخف الضررين.

**ب – المشقة تجلب التيسير** [٢]: ولا يخفى أن اشتراط العدالة والإسلام في شخص المحكم في قضايا التحكيم الأجنبية مشقة عظيمة، ذلك أن التحكيم إنما ينعقد برضا الخصوم، وقد لا يتحصّل أن نجد شركة أو مؤسسة مالية أجنبية غير مسلمة تعيّن محكّماً مسلماً، وإن حدث ذلك فهي حالات نادرة تعود إلى كون المؤسسة قد تعاقدت ابتداءً مع من يملك الدراية والفهم بالقوانين والأحكام المالية فتكون كفاءته قد شفعت له بتولي منصب المحكّم من جهة الشركة غير المسلمة، على أنّ تحقق مثل هذه الصورة نادر، والنادر لا يقاس عليه، ولذا فإنّ المشقة في تعديل صفة المحكّم متحققة، فيكون التيسير والتخفيف بغية رفع الحرج قد آل بنا إلى إسقاط المسؤولية في المشقة المتحققة على أقلّ ما تصدق عليه حقيقة الشرط الذي يُطلب في شخص المحكم، فيُكتفى في تنفيذ الشرط بأقلّ ما يُسمى شرطاً ينطبق على المتفق عليه [٣]، ويكفي لتحقق ذلك كون المحكم على علم ودراية وفهم بأصول التحكيم وتفصيل الأحكام المتعلقة بموضوع التحكيم ( محلّ النزاع)، ولهذا وسّع أبو حنيفة –رحمه الله– في مجال القضاء والشهادات تيسيراً على الناس، فصحح تولية الفاسق، وجعل تزكية الشهود على ظاهر عدالة المسلم، إلا في الحدود والقصاص، عندما أصبحت الشروط سبباً في تعذر الوصول إلى الحق أو سبباً في ضياع المصالح [٤].

**ثانياً:** أن غير المسلم قد يكون عدلاً في دينه بين قومه صادق اللهجة عندهم مؤدياً لأمانته بحيث يُشار إليه في ذلك ويشتهر به بين قومه وبين المسلمين، بحيث يسكن القلب إلى صدقه وقبول خبره وشهادته ما لا يسكن إلى كثير من المنتسبين إلى الإسلام [٥]، والله تعالى يقول في

---

[1] وقد أجاز فقهاء الحنفية حكم غير المسلم للمسلم، أما إذا كان حكم غير المسلم على المسلم، ففي هذه الحالة يمكن أن نصححه من باب ارتكاب أخفف الضررين، إذا تمت مراعاة أن القانون الواجب التطبيق والذي اتفق عليه الخصوم ابتداءً سيخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، فلا يمنع عندئذ حكم غير المسلم، لأنه سيطبق في نهاية الأمر–ملزماً– نصوص القانون التي أسندت للأصول الشرعية، وإن افترضنا أن المحكم لم يلتزم بالشرط في تطبيقه لأحكام الشريعة عند الحكم، يبقى حق الخصم في الاعتراض على الحكم أو الطعن فيه، لكونه مخالفاً للقواعد التي اتفق عليها الخصوم لتكون مستنداً للحكم.

[2] المرجع السابق، ج/١، ص: ٧

[3] الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، ص: ٢١٧ " بتصرف".

[4] المرجع السابق، ص: ١٢٩ "بتصرف"، وانظر في مذهب الحنفية: السرخسي، المبسوط، ج / ١٦، ص: ٨٩.

[5] ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص: ١٤٢ – ١٤٣

ذلك: {وَمِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمَنْهُ بِقِنْطَارٍ يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ } [آل عمران: ٧٥]، فالأمين على هذا القدر من المال إنما يكون محلّ ثقة في النظر بالمصالح المشابهة لقدرها.

**ثالثاً:** أن الله تعالى أجاز شهادة غير المسلم للمسلم وعلى المسلم في الوصية في السفر[1]بقوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَمِنَ الْآثِمِينَ} [المائدة: ١٠٦]

فقوله تعالى: (مِنْكُمْ ) ضمير للمسلمين، و ( آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ ) للكافرين فعلى هذا تكون شهادة أهل الكتاب على المسلمين جائزة في السفر إذا كانت وصية وهو الأشبه بسياق الآية،مع ما تقرر من الأحاديث [2]، وهو قول الصحابة الذين شاهدوا التنزيل وهم أبو موسى الأشعري وعبد الله بن عباس، فمعنى الآية من أولها إلى آخرها على هذا القول: أن الله تعالى أخبر أن حكمه في الشهادة على الموصي إذا حضر الموت أن تكون شهادة عدلين، فإن كان في سفر وهو الضرب في الأرض ولم يكن معه أحد من المؤمنين فليشهد شاهدين ممن حضره من أهل الكفر فإذا قدما وأديا الشهادة على وصيته حلفا بعد الصلاة أنهما ما كذبا وما بدلا وأن ما شهدا به حق ما كتما فيه شهادة، وحكم بشهادتهما، فإن عثر بعد ذلك على أنهما كذبا أو خانا ونحو هذا مما هو إثم حلف رجلان من أولياء الموصى في السفر وغرم الشاهدان ما ظهر عليهما،هذا معنى الآية على مذهب أبي موسى الأشعري وسعيد بن المسيب ويحيى بن يعمر وسعيد بن جبير وأبي مجلز وإبراهيم وشريح وعبيدة السلماني وابن سيرين ومجاهد وقتادة والسدي وابن عباس وغيرهم وقال به من الفقهاء سفيان الثوري ومال إليه أبو عبيد القاسم بن سلام لكثرة من قال به واختاره أحمد بن حنبل وقال: شهادة أهل الذمة جائزة على المسلمين في السفر[3]، فإذا صحت الشهادة

---

[1] وهذا مذهب الحنابلة وكثير من الصحابة والتابعين وفقهاء الحديث، انظر: المرداوي، الإنصاف، ج/١٢،ص: ٣٩.

[2] عن ابن عباس رضي الله عنه قال: خرج رجل من بني سهم مع تميم الداري وعدي بن بداء فمات السهمي بأرض ليس فيها مسلم فأوصى إليهما فلما قدما بتركته فقدوا جاما من فضة مخوصا بالذهب فأحلفهما رسول الله صلى الله عليه وآله بالله: ما كتمتماها ولا اطلعتما ثم وجدوا الجام بمكة فقيل: اشتريناه من تميم وعدي فقام رجلان من أولياء السهمي فحلفا بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وإن الجام لصاحبهم وأخذ الجام وفيه نزلت ( يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم )، سنن أبي داود: باب شهادة أهل الذمة في الوصية في السفر، حديث رقم (٣٦٠٦ )، ج/٣، ص:٣٠٧، والحديث من معلقات البخاري، رقم (٢٦٢٨)، ج/٣، ص: ١٠٢٢،وصله إبن حجر في تغليق التعليق، باب قول الله عز وجل:"يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم"،رقم (٢٧٨٠ )، ج/٣، ص: ٤٢٩.

3 القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ج٦/، ص:٣٤٩، وانظر: الرازي، تفسير القرآن، المسمى: بتفسير ابن أبي الحاتم، ج/ ٤، ص: ١٢٢٩ – ١٢٣٠، الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ج/٧، ص: ١٠٢– ١٠٣، السيوطي، الدر المنثور ج٣ ص٢٢١، وما بعدها.

وهي من الولايات فالتحكيم كذلك، خصوصاً إذا اعتبرنا أن التحكيم وإن كان مستقلاً عن القضاء إلا أنه أقل رتبة منه فيراعى التخفيف في شروطه بخلاف القضاء، على أن مسائل التخفيف في أعذار السفر سواء في أحكام العبادات أو المعاملات إنما قامت لأجل الحاجة والضرورة، وأمثلتها مبثوثة في كتب الفقهاء لا يسع المجال لعرضها.

**رابعاً:** أن لأطراف النزاع الحرية المطلقة في تقييد شخص المحكم بقيود وصفات إضافية من شأنها أن تضمن عدالة إجراءات التحكيم وعدم مخالفتها، فإذا كان المحكم الدولي على قدر من الإحاطة بعلوم القانون أو بموضوع النزاع أو كان من أصحاب الخبرات المتمرس في قضايا التحكيم فإنه يعين على إضفاء الثقة لدى الخصوم في شخصه وعلمه، كما أن طبيعة القضايا التي تعرض للتحكيم في عصر النهضة الاقتصادية الحديثة جعلت عرفاً جديداً بين الشركات والمؤسسات المالية وهو اشتراط القدرة المعرفية والتخصص المهني او القانوني في شخص المحكّم، ذلك أن الآثار التي تترتب على النزاعات المالية والمدنية بمفهومها الضيق قد تكون جسيمة وتحمّل أطراف النزاع خسائر ومبالغ طائلة، فكل طرف سيكون لديه الحرص الكافي في اختيار من يثق بعلمه ودرايته.

فإذا اتفق الأطراف على تعيين غير مسلم في هيئة التحكيم فإنه يجب مراعاة ما يلي:

١- أن يكون المحكّم غير المسلم قد تعيّن لعدم وجود محكم مسلم من جهة أحد الخصوم.

٢- أن تتوفر في المحكم غير المسلم صفات العلم والخبرة والدراية وحسن الخلق بين قومه، كحدّ أدنى في اعتبار شروط المحكم.

٣- إذا كانت هيئة التحكيم وتريّة فيجب أن يكون المحكم المرجح مسلماً.

٤- أن الحكم الصادر يجب أن يصل إلى ما يوافق أحكام الشريعة الإسلامية وإلا كان باطلاً.

٥- ولا مانع عند الشافعية أن يكون المحكَّم قاضياً لأنه صار بالتحكيم حاكماً، ولأنه وقع من الصحابة ولم يكن له معارض[1]، فيما منع القانونيون تولي القاضي مهمة التحكيم للأسباب التالية:

**أولاً:** أن تولي القضاة للمهمّة التحكيمية إلى جانب عملهم القضائي من شأنه أن يعوّقهم عن التفرّغ لعملهم، ويساهم في تأخير الفصل في القضايا أمام المحاكم، خاصة أن المحكَّم يقوم بعمله مقابل أتعاب قد تُغري بعض القضاة للسعي لدى بعض الأشخاص أو الجهات للقيام بالتحكيم.

**ثانياً:** أن مباشرة القاضي للتحكيم قد يسبب له الحرج إذا عُرض عليه نزاع يشترك فيه من سبق أن اختاره محكَّماً عنه في نزاع آخر، كما يمكن أن يعرضهم لنشأة علاقة مادية أو أدبية مع كثير

---

[1] الشربيني، مغني المحتاج، ج/٤، ص: ٣٧٨، الماوردي، أدب القاضي، ج/٢، ص: ٣٨٠

من الشركات والمؤسسات الاقتصادية ومكاتب المحامين وغير ذلك مما يؤثر سلباً في بعدهم عن مواطن الشبهات ولا يحفظ لهم كرامتهم واستقلالهم.

**ثالثاً:** أن حكم التحكيم ليس له قوة تنفيذية – ولو صدر من قاض – إلا بأمر تنفيذ يصدر من قاض قد يكون في مرتبة أقلّ من مرتبة القاضي الذي أصدر الحكم، مما يُنشيء حرجاً بين القضاة في إصدار التنفيذ أو الحكم بإبطال حكم التحكيم إذا لزم الأمر [١].

ولا أجد أن اشتراك القضاة في مهمة التحكيم مقبول أو لائق في حقهم خاصّة ونحن نشهد في زمننا اكتظاظاً شديداً في المحاكم من الاختصاصات كافة مما سيؤدي إلى إحداث إرباك وتعطيل كبيرين لو فُتح هذا الباب أمام القضاة، كما أن تنحي القضاة عن مهمة التحكيم أولى لهم حفاظاً على هيبة القاضي ونزاهته أمام الخصوم.

**المسألة الثالثة: توافر الحيـــدة والاستقلال في المحكّم**

يتفق الفقهاء والقانونيون على وجوب انتفاء التهمة عن شخص المحكم[٢]، للأسباب التالية:

**أولاً:** إن المحكم بما يقوم عليه في مهمته التحكيمية إنما يستند إلى ثقة الخصوم واطمئنانهم إلى نزاهة قاضيهم في الوصول إلى الحق وعدم تحيزه أو الحكم بهواه، فيكون انتفاء التهمة عن شخصه قياماً بالحق الذي يبنى عليه حكمه.

**ثانياً:** إن وجود العلاقة أو المصلحة بين المحكم وبين أحد أطراف النزاع إنما يؤدي إلى المحاباة أو القسوة في الحكم بحسب طبيعة العلاقة التي نشأت بين المحكم وأطراف النزاع، وفي هذا سدّ لباب النزاهة وتحقيق العدل في مهمة الحكمين.

**ضوابط انتفـــاء التهمـــة:**

تنتفي التهمة عن المحكم بتحقق الحيدة والاستقلال في شخصه، وإذا كانت الحيدة والاستقلال من عبارات التقنين الحديث إلا أن أصولها ثابتة في الفقه الإسلامي بما لا يجعل مجالاً للشك من ضرورة التثبت من أعضاء هيئة التحكيم والتمسك بعيب عدم الحياد أو الاستقلال في ردّ المحكم الذي تشوب شخصه تهمة معينة.

**ويقصد بالحيدة:** عدم الانحياز، ويقصد بعدم الحيدة: الميل النفسي أو الذهني للمحكم لصالح أو ضدّ أحد أطراف النزاع، بحيث يُرجح معه عدم استطاعته الحكم بغير ميل أو هوى لأحد أطراف النزاع أو ضدّه، بيد أنه يجب أن تكون العداوة أو المودة شخصية ومن القوة بحيث يستنتج منها

---

[1] والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٢٣٧– ٢٣٨

[2] السرخسي، المبسوط، ج/١٩، ص: ٢٩، الماوردي، الحاوي الكبير، ج/١٦،ص: ٢٠٢، ويذكر الفقهاء معنـــى التهمة عند حديثهم عمن تقبل شهادته ومن لا تقبل، بأنها: الشهادة التي تدفع عن نفس صاحبها مغرماً أو تجر له مغنماً.

قيام خطر عدم الحيدة عند إصدار الحكم، فلا يكفي لإثبات هذا الخطر مجرد الإحساس الشخصي غير الموضوعي لدى طالب الردّ، بل لابد أن يستند إلى وقائع محددة وحقيقية يراها الشخص المعتاد صالحة عقلاً لتبرير الشك في حيدة المحكم [١].

**ويقصد باستقلال المحكّم:** ان ينتهي رأي المحكّم وعمله فيما ينتهي إليه دون أن يكون متأثراً بعلاقة تبعيّة تربطه بأحد الطرفين سواءً كانت علاقة ماليّة أو اجتماعية أو مهنية سابقة أو حالية، فالاستقلال يتعلّق بمركز قانوني يمكن أن يُقدّر موضوعياً، أما الحيدة فهي تتعلق بمركز نفسي تقدّر من الناحية الشخصية الفعلية، ولا يوجد ما يمنع من توافر شرط الاستقلال مع عدم الحيد[٢].

**والوقائع التي تثبت عدم حيدة المحكم واستقلاله تتمثل في الآتي:**

**أولاً: أن يكون المحكوم له أحد أعضاء هيئة التحكيم**

فلا يصح أن يكون المحكم خصماً في النزاع المعروض على التحكيم، قياساً على القاضي، فكما لا يصح للقاضي أن يحكم لنفسه فكذلك المحكم،لأن القضاء إنما هو عبادة خالصة لله عز وجل،

---

[1] والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٢٤٥.
[2] المرجع السابق: ص: ٢٤٨.

والقاضي لنفسه من وجه لم يخلص لله عز وجلّ[1]*، ولأنه لا يعقل أن يكون الشخص خصماً وحكماً في آن واحد[2]، وخالف المالكية في رواية: أنه لو حكَّمَ أحد الخصمين خصمه فحكم لنفسه أو عليها جاز تحكيمه ابتداءً ومضى حكمه مطلقاً إن لم يكن جوراً، وقيل يكره تحكيمه ابتداءً إن كان ذلك الخصم المحَكَّم هو القاضي، ويمضي حكمه بعد الوقوع والنزول إن كان غير جور [3].

**ثانياً: أن يكون المحكوم له أو عليه قريباً للمحكّم**

ويفرّق الفقهاء بين أن يكون الحكم الناشيء للقريب أو عليه، فإن حكم لابنه أو والده أوامرأته كان حكمه باطلاً للتهمة، وسواءً كان حكمه موافقاً للحقّ أو مخالفاً، لأن شهادته للمقضي له لا تجوز فالحكم أولى، أما إن كان الحكم عليهم فحكم على ابنه أو أبيه أو امرأته إن كانت هي المخاصمة زوجها، فيصح [4]، هذا عند الحنفية، ويفصّل الشافعية في أن المحكّم إذا كان حكمه على من يجوز أن يشهد له من والد أو ولد، ولمصلحة من يجوز أن يشهد له من الأجانب جاز، أما إذا حكم لمصلحة من لا يجوز أن يشهد له من والد أو ولد على من يجوز أن يشهد له من الأجانب، ففي جواز حكمه وجهان:

أحدهما: لا يجوز حكمه له، كما لا يجوز أن يحكم بولاية القضاء. الوجه الثاني: يجوز أن يحكم له بولاية التحكيم، وإن لم يجز أن يحكم له بولاية القضاء،لأن ولاية التحكيم منعقدة باختيارهما،

---

[1] الكاساني، بدائع الصنائع،ج/٧، ص: ٨، النووي، روضة الطالبين، ج/١١،ص: ١٤٥

*وفي حكم القاضي لنفسه:لابن رشد من سماع ابن القاسم: له الحكم بالإقرار على من انتهك ماله فيعاقبه ويتمول المال بإقراره ولا يحكم بشيء من ذلك بالبينة ودليله:قطع الصديق رضي الله عنه يد الأقطع الذي سرق عقد زوجته أسماء لما اعترف بسرقته "أ.هـ، محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل، ج/٦،ص: ١٣٤، والحديث أخرجه البيهقي في سننه: من رواية عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن رجلا من أهل اليمن أقطع اليد والرجل قدم على أبي بكر الصديق رضي الله عنه فشكا إليه أن عامل اليمن ظلمه وكان يصلي من الليل فيقول أبو بكر رضي الله عنه وأبيك ما ليلك بليل سارق ثم إنهم افتقدوا حليا لأسماء بنت عميس رضي الله عنها امرأة أبي بكر رضي الله عنه فجعل الرجل يطوف معهم ويقول اللهم عليك بمن بيت أهل هذا البيت الصالح فوجدوا الحلي عند صائغ وإن الأقطع جاء به فاعترف الأقطع أو شهد عليه فأمر به أبو بكر رضي الله عنه فقطعت يده اليسرى وقال أبو بكر رضي الله عنه والله لدعاؤه على نفسه أشد عندي من سرقته "،البيهقي، السنن الكبرى، باب السارق يعود فيسرق،رقم (١٧٠٤٠)، ج/٨،ص: ٢٧٣، وللقاضي أن يحكم لنفسه بالعقوبة على من تناوله بالقول وأذاه بأن نسب إليه الظلم والجور مواجهة بحضرة أهل مجلسه بخلاف ما يشهد به عليه أنه أذاه به وهو غائب لأن ما واجهه به من ذلك هو من قبيل الإقرار ولما كان له أن يحكم بالإقرار على من انتهك ماله كان أحرى أن يحكم بالإقرار في عرضه كما يحكم به في عرض غيره لما يتعلق في ذلك من الحق لله لأن الجرأة على القضاة والحكام بمثل هذا توهين لأمرهم وداعية إلى الضعف على استيفاء الحقائق في الأحكام فالمعاقبة في مثل هذا أولى من التجاوز والعفو" مواهب الجليل: ج /٦، ص:١٣٤.

[2] ابو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ص: ١٦٧.

[3] الدسوقي، الحاشية على الشرح الكبير، ج/٤، ص: ١٣٥

[4] الخصاف، شرح أدب القاضي، ج/ ٤، ص:٦٦

فصار المحكوم عليه راضياً بحكمه عليه، بخلاف ما لو كانت الخصومة أمام القاضي، فإن ولاية القاضي منعقدة بغير اختيارهما [١]، وهذا الوجه الثاني هو ظاهر مذهب المالكية [٢].

ويعتبر القانونيون أن مجرد القرابة كفيلة بألا يكون المحكم محايداً، ولا ينتظر في الوصول إلى النتيجة لتحديد الجور في الحكم أو كون المحكم سيحكم لصالح القريب أو عليه، لأن ثبوت التهمة ابتداء ولو من جهة واحد من الخصوم كفيلة بتنحيته، ولا فرق في ذلك بين أن يكون المحكم زوجاً أو قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة[٣].

**ثالثاً: أن يكون للمحكّم مصلحة تربطه بالخصوم**

فلا يجوز للدائن أو الكفيل أن يكون محكّماً في الخصومة بين المدين وغيره، وذلك أن للدائن أو الكفيل مصلحة دائمة في تأييد مركز المدين، كذلك لا يجوز للضامن أن يكون محكّماً في الخصومة بين المضمون وغيره إذا تعلقت بموضوع الضمان، أو أن يكون المدين محكّماً في الخصومة بين الدائن وغيره، حتى لا يحابيه أو يقسو عليه بحسب طبيعة العلاقة القائمة بينهم، كما لا يجوز للمهندس الذي أشرف على عملية ما أو قام بتهيئتها للتنفيذ أن يكون حكماً في الخصومة بين رب العمل والمقاول الذي نفذ هذه العملية، باعتبار أن المهندس قد أشرف على عمل المقاول، وكذلك لا يصح للمساهم في شركة مساهمة أن يكون حكَماً في نزاع بين الأخيرة والغير، لتعارض مصلحته مع ما قد تسفر عنه نتيجة التحكيم [٤].وعلة المنع القياس على منعه في الشهادة في شركة المفاوضة، لأن الشريكين هما بعقد المفاوضة صارا في ذلك كشخص واحد فكل واحد منهما فيما يشهد به لصاحبه بمنزلة الشاهد لنفسه وشهادة الشريك لشريكه،وإن كانا غير متفاوضين لا تجوز في تجارتهما للتهمة، لأن فيما يكون من تجارتهما الشاهد يثبت الحق لنفسه وصاحبه كالوكيل عنه، فهو كشهادة الموكل لوكيله فيما وكله به[٥].

---

[1] الماوردي، أدب القاضي، ج/٢، ص: ٣٨٤–٣٨٥.

[2] القرافي، الذخيرة، ج/١٠، ص:١١٠.

[3] الزعبي، عوض،أصول المحاكمات المدنية، ج/١،ص: ٨٤، وقد نظمت القوانين المدنية مسائل القرابة واعتباراتها، وفي القانون المدني الأردني حيث عولجت حالات القربى في المواد ( ٣٤–٣٧):وفيها: يعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل مشترك، والقرابة المباشرة هي الصلة ما بين الاصول والفروع -والقرابة غير المباشرة هي الرابطة ما بين اشخاص يجمعهم اصل مشترك دون ان يكون أحدهم أصلا او فرعا للاخر سواء كانوا من المحارم او من غير المحارم،و.يراعى في حساب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للاصل بخروج هذا الاصل. وعند حساب درجة القرابة غير المباشرة تعد الدرجات صعودا من الفرع للاصل المشترك ثم نزولا منه الى الفرع الآخر وكل فرع فيما عدا الاصل المشترك يعتبر درجة. ويعتبر اقارب احد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة الى الزوج الاخر.القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

[4] أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ص: ١٦٧–١٦٨.

[5] السرخسي، المبسوط، ج /١٩، ص: ٢٢٠.

فأما إذا كان محل الخصومة فيما ليس من تجارتهما فهو كسائر الأجانب لأن تهمة الميل بسبب عقد الشركة لا تتمكن عند ظهور العدالة فإن بسبب الشركة يحصل بينهما الصداقة، والصديق إذا كان عدلاً عاقلاً يمنع صديقه من أكل الحرام ولا يحمله على ذلك بالشهادة، ومثله شهادة أجير أحد الشريكين للشريك الآخر وشهادة الأجير لأستاذه لا تجوز في شيء [1]، والقاعدة أنه إذا كان الشخص يعد خير الخصوم خير نفسه وشرهم شر نفسه، فهذا لا تصح شهادته وبالتالي لا يصح تحكيمه.

**رابعاً: أن يكون بين المحكم وأحد الخصوم عداوة**

ويقصد بالعداوة: الدنيوية، لأنه لا تجوز شهادة الرجل على الرجل إذا كان بينهما عداوة، فكذلك لا يجوز تحكيمه، لأن طبع كل واحد داع إلى الانتقام من عدوه، فعسى يريد بذلك الانتقام منه ونفع نفسه بالتشفي من عدوه، فالشبهة في ذلك والتهمة متمكنة[2] *، والدليل عليه ما روي: " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ردَّ شهادة الخائن والخائنة وذي غمر على أخيه، وردّ شهادة القانع لأهل البيت وأجازها لغيرهم "[3]، والغمر:الحقد، والقانع: الأجير التابع.

وعليه فإن المحكم لو حكم لعدوه فحكمه صحيح لانتفاء التهمة، أما لو حكم على عدوه ففي نفاذ حكمه ثلاثة أوجه:

**أحدها:** لا يجوز أن يحكم عليه بولاية القضاء،ولا بولاية التحكيم، كما لا يجوز أن يشهد عليه.

**والوجه الثاني:** يجوز أن يحكم عليه بولاية القضاء وولاية التحكيم بخلاف الشهادة، لوقوع الفرق بينهما، بأن أسباب الشهادة خافية، وأسباب الحكم ظاهرة.

**والوجه الثالث:** أنه يجوز أن يحكم عليه بولاية التحكيم، لانعقادها عن اختياره، ولا يجوز أن يحكم عليه بولاية القضاء لانعقادها بغير اختياره [4].

وقد ألزمت القوانين الحديثة ومنها اليونسترال على الشخص الذي سيتم تعيينه محكماً أن يُصرّح بكل الظروف التي من شأنها أن تثير شكوكاً حول حيدة المحكم واستقلاله، وعلى المحكم منذ تعيينه وطوال إجراءات التحكيم، أن يُفضي بلا إبطاء إلى طرفي النزاع بوجود أي ظروف

---

[1] السرخسي، المبسوط، ج/١٦، ص: ١٤٦- ١٤٧، برهان الدين مازة، المحيط البرهاني،ج/ ٣، ص: ٢٧٤٩.

[2] برهان الدين مازة، المحيط البرهاني،ج/ ٣، ص: ٢٧٤٨، عليش، محمد، منح الجليل، ج/٨، ص: ٤١٢، ابن قدامة، المغني، ج/١٠، ص: ١٨٢، * وأما العداوة الدينية كالتي بين المسلم والكافر من جهة كفره والتي بين العدل والفاسق لفسقه وجرأته على الله تعالى فلا تمنع فتقبل شهادة الأول على الثاني فيهما لا العكس لمانع الكفر والفسق، منح الجليل، ج/٨، ص: ٤١٢، النووي، روضة الطالبين، ج/ ١١، ص: ٢٣٨.

[3] والحديث من طريق: عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، رواه أبو داود، باب من ترد شهادته، رقم ( ٣٦٠٠)، ج/ ٣، ص: ٣٠٦.

[4] الماوردي، أدب القاضي، ج/٢، ص: ٣٨٦.

من هذا القبيل، إلا إذا كان قد سبق له أن أحاطهما علماً بها، ولا يجوز لأي طرف الاعتراض على المحكم الذي عينه إلا لأسباب أصبح على علم بها بعد تعيينه [١]، سواءً كان التحكيم حرّاً أو مؤسسياً، وسواءً كان وطنيّاً أو دولياً خاصّاً.

فإذا ثبتت التهمة بالنسبة لأحد أعضاء هيئة التحكيم لواحدة أو أكثر من التهم السابقة، فإنه يترتب على ذلك ما يلي:

**أولاً: أن يتمسك أصحاب النزاع بهذا العيب:** لأن شرط الحيدة والاستقلال وإن كان يتعلق بالنظام العام إلا أنه يحمي مصلحة الخصوم، فلهم التمسك بالمطالبة برد المحكم الذي ثبتت عدم حيدته أو عدم استقلاله، ويعتبر الطرف متنازلاً عن حقه في التمسك بعيب عدم الحيدة أو عدم الاستقلال إذا كان يعلم بوجوده عند اختياره المحكم، سواءً اختاره بإرادته المنفردة أو اختاره في مشارطة باتفاق الطرفين، كما يعتبر متنازلاً أيضاً إذا علم بهذا العيب، ولم يقم بردّ المحكم في الميعاد المحدد لذلك، أو كان قد شارك في إجراءات التحكيم ولم يعترض عليه[٢].

**ثانياً: ردّ المحكم الذي ثبتت تهمته، وإبطال أحكامه:** فإذا حكم بعزل المحكم لأي سبب من الأسباب المتقدمة، يترتب على ذلك انهيار التحكيم برمّته وبطلانه، وإذا صدر حكم التحكيم – أياً كان نوعه – ممن لا يصلح أن يكون محكماً فإن حضور الخصوم أمامه، والإدلاء بطلبات موضوعية أو دفوع أو دفاع لا يُصحح هذا البطلان المتعلق بالنظام العامّ.

ويصحّ رفع دعوى أصلية أمام القضاء بطلب عزل المحكم للأسباب المتقدمة، قبل إجراء التحكيم أو في أثنائه [٣]. ولا مانع من تحديد كيفية معينة أو مدة معينة لطلب رد المحكم سواء كان الطلب موجهاً لهيئة التحكيم من قبل أحد الخصوم أو كان مقدماً للمحكمة للنظر في ردّه.

وقد ألزمت اليونسترال أطراف النزاع أنه وفي حال عدم وجود اتفاق على إجراءات رد المحكم، وجب على الطرف الذي يعتزم ردّ المحكم أن يرسل خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه بتكوين هيئة التحكيم، أو من تاريخ علمه بأي ظرف من الظروف التي تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حيدة المحكم واستقلاله، ويبين في الكتاب الأسباب التي يستند إليها طلب ردّ هيئة التحكيم، فإذا لم يتنحّ المحكم المطلوب ردّه، أو لم يوافق الطرف الآخر على طلب الردّ، فعلى

---

[1] القانون النموذجي(اليونسترال)، المادة (١١)، والمادة ( ١٢ / ١ –٢ )، وانظر: المادة ( ٦ / ٧ ) والتي تستصوب فيها أن تراعي سلطة التعيين الاعتبارات التي ترجح أن تكفل تعيين محكم مستقل ومحايد، وتأخذ في اعتبارها جنسية المحكم أن تكون مغايرة لجنسية الأطراف.

[2] والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٢٥١– ٢٥٢، جمال، مصطفى محمد و عبد العال، عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية،ص: ٦١١

[3] ابو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ص: ١٦٩– ١٧٠،

هيئة التحكيم أن تبتّ في طلب الردّ، على أنه إذا لم يُقبل طلب الردّ المقدّم وفقاً للإجراءات السابقة، جاز للطرف الذي قدّم طلب الردّ أن يطلب من المحكمة أو السلطة الأخرى – سلطة التعيين – خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإشعار بالاعتراض أن تبت هذه السلطة في الاعتراض[1].

وفي الفقه الإسلامي ما يعد أساساً لذلك، وهي ما بحثه الفقهاء في شرط العدالة، فإذا ثبتت عدم حيدته جاز لأي من الخصمين أن يطلب تحويل بحث الخصومة إلى قاض آخر.

[1] القانون النموذجي ( اليونسترال)، المادة( ١٣) / فقرة: ١-٢-٣ -٤.

## المبحث الثالث: القانون الحاكم وأثره على عقد التحكيم

إن سلطة وضع القوانين المنظمة لحياة الناس إنما يجب أن تخضع لقواعد الإسلام جملة وتفصيلاً، سواءً كانت هذه القوانين تشريعية بما تحوي من أصول وقواعد عامة متعلقة بالنظام العامّ، أو كانت اجتهادية قائمة على فهم الأصول والقواعد العامة في بيان حكم الله لكل واقعة، وليست الأحكام الشرعية أو الفقه الإسلامي بمنأى عن واقع التقنين الحديث

فقد حظي الفقه الإسلامي بمكانة رفيعة بين مذاهب الفقه العالمي، والذين نهلوا من فيض العلوم الفقهية الشرعية الكثير، ولعلّ أبرز ما نلحظه في القوانين المدنية أنها ترتكز إلى أصول الشريعة الإسلامية عند صياغتها إضافة لطائفة الأحكام التي أخذوها مباشرة من الفقه الإسلامي، كأحكام مجلس العقد وإيجار الأراضي الزراعية وهلاك الزرع في العين المؤجرة وكبيع المريض مرض الموت وأحكام الأهلية والهبة والشفعة وغيرها، بل إن كثيراً من التشريعات الحديثة جعلت الفقه الإسلاميّ مصدراً عامّاً يرجع إليه القاضي عند الحكم إذا لم يجد ما يرجع إليه في النصوص المباشرة أو العرف، ومن استحداثات التقنينات الحديثة كانت المباديء العامة التي أخذت من الشريعة الإسلامية وكان لها أثر واضح في القوانين العالمية: فمثلاً كانت النزعة الموضوعية التي تتخلل كثيراً من نصوص القوانين المدنية ذات نزعة إسلامية كما وجدت في القوانين الجرمانية، وقد قُدّمت على النزعة الذاتية التي هي طابع القوانين اللاتينية، ومثل نظرية التعسف في استعمال الحقّ فقد استمدت أصولها من الشريعة الإسلامية والتي قامت على المعيارين الشخصي والموضوعي الذي يقيّد استعمال الحق بالمصالح المشروعة ويتوقى الضرر الجسيم الذي قد يصيب الغير من استعمالها، وكذلك الأمر في حوالة الدّين، أغفلتها القوانين اللاتينية، ثم نظمتها القوانين الجرمانيّة متفقة في ذلك مع الفقه الإسلامي، ومبدأ الحوادث الطارئة استندوا فيها إلى نظرية الضرورة ونظرية العذر في الفقه الإسلامي، لقد أدرك الغرب ما للشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي من مزايا منذ زمن بعيد، وبقي على دول الشرق أن تحلّها المحلّ الخليق وأن تعبّر عمليّاً عن اعتزازها بها وحرصها على استدامتها، رعاية ما للماضي من حرمة، وقضاءً لحقّ القدماء الذين تعهدوا الفقه الإسلامي باجتهادهم، وليس في ذلك مساساً باستقرار المعاملات بل إن فيه تمكيناً لأسباب الثبات للنظام الإقتصادي بمنظومته المتكاملة [١].

والتحكيم الذي هو اتفاق خاص لحسم النزاع، يتنازعه سلطان إرادة الأطراف في مواجهة سلطان القانون، وعليه كان لزاماً التوفيق بين الأمرين لضمان تطبيق العدالة والوصول إلى الحق

---

[1] السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج/١، ص: ٥٦-٥٧ "بتصرف"

بالنسبة لجميع أطراف النزاع، سواء من خلال التنظيم الموضوعي الذي يحكم الحقوق والمراكز القانونية المتنازع عليها، أو من خلال التنظيم الإجرائي الذي يحكم عملية التحكيم[١].

## المطلب الأوّل: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:

لما كان المحكّم كالقاضي في إدارة جلسة التحكيم، وغايته الوصول إلى الحكم وإنهاء النزاع بين الخصوم، فلابد له من قواعد وأصول يسير عليها في طريق وصوله للحكم، ومعلوم أنّ السّلم القانوني في تتبع أي مسألة من ناحية شرعية يتمثل بالرجوع إلى المصادر الأصلية للتشريع ؛ وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس ثم إلى المصادر التبعية– إن لم يوجد في المسألة حكم في المصادر الأصلية، واجتهاده في الوصول إلى الرأي الصواب يتحدّد بكيفية تفسيره للواقعة – موضوع النزاع– ثم صلاحية النصّ في الانطباق عليها، لكن السؤال الذي يظهر في هذه المرحلة بالذات: هل يصح إلزام المحكّم بقانون معيّن في تفسير الوقائع –موضوع النزاع– وتطبيق النصوص القانونية عليها؟ أم أنه يحكم بما أداه إليه رأيه؟ وعليه، فإن حكم بما أداه إليه رأيه، هل ينفذ حكمه؟

الإجابة عن هذه الأسئلة تتطلب معرفة حكم تقييد القاضي وكذلك المحكّم بقانون مأخوذ من الفقه الإسلامي، ومدى حجيّة الأحكام الصادرة بناءً على هذا القانون [٢]، وأعرض المسألة من المنحى الفقهي أولاً، ثم أبين التطبيق العملي لمجال القواعد الموضوعية المطبقة على المنازعات.

### الفرع الأول: الاتجاه الفقهي في مسألة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

اختلف الفقهاء في حكم الالتزام بمبدأ واحد في الحكم والقضاء، ولهم في المسألة قولان:

**المذهب الأول:** ذهب الحنفية إلى صحة تقييد القاضي بقول مجتهد أو مذهبه في المسائل الشرعية الخلافية، فإذا قيّد الحاكم أو الوالي قضاته بالحكم برأي معين أو بمذهب معين فيصح أمره وتقييده وتجب الطاعة له، لأنه أمر بما ليس بمعصية ولا مخالفٌ للشرع بيقين[٣]، فإذا حكم بغير ما قيده به الوالي، وبغير المذهب، يفرق في حكم القاضي المجتهد والقاضي المقلد:

" فإن كان القاضي مجتهداً و كان ناسياً نفذ حكمه عند أبي حنيفة، وإن كان عامداً فعنه روايتان، وأما عند الصاحبين، فلا ينفذ حكمه سواءً كان ناسياً أو عامداً، والفتوى على قولهما، لأنه لما حكم بغير المذهب الذي قيد به عمداً وتركه إلى غيره أورثه تهمة لأنه لا يتركه إلا

---

[1] جمال، مصطفى محمد و عبد العال، عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية،ص: ٢٠٨.

[2] ياسين، محمد نعيم، حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ص:٦٦.

[3] انظر: ابن عابدين،حاشية رد المحتار، ج/٥،ص: ٤٠٨، وقد ذكر نصه: الإنقروي في الفتاوى الإنقروية،ج/١، ص: ٣٣٤، وشرح نص الإنقروي: حيدر، علي، مجلة الأحكام العدلية، ج/٤، ص: ٥٤٦.

لهوى باطل لا لقصد جميل، وأما الناسي فلأن الوالي إنما قلده ليحكم بمذهب بعينه، وإن كان القاضي مقلداً وليس بمجتهد فلا يملك المخالفة أصلاً لأنه كان مقيداً بالمذهب الذي سيحكم فيه، فإن حكم بخلافه كان معزولاً بالنسبة إلى ذلك الحكم" [١].

وهذا هو القول الثاني عند المالكية، حيث نقل الحطاب عن المازري قوله:" وإن كان الإمام مقلداً وكان متبعاً لمذهب مالك واضطر إلى ولاية قاض مقلد لم يحرم على الإمام أن يأمره أن يقضي بين الناس بمذهب مالك ويأمره أن لا يتعدى في قضائه مذهب مالك لما يراه من المصلحة في أن يقضي بين الناس بما عليه أهل الإقليم والبلد الذي هذا القاضي منه ولي عليهم، مع احتمال كون الرجل مجتهدا "، ونقل الباجي:" كان الولاة عندنا بقرطبة يشترطون على من ولوه القضاء في سجله أن لا يخرج عن مذهب ابن القاسم " [٢].

وقد ذكر هذا القول أيضاً الإمام السبكي من الشافعية مخالفاً للمذهب، حيث يرى أن القول بالمنع إنما يكون في حق المجتهد أما في حق المقلد فجائز، وفي ذلك يقول: " إن لم يشترط عليه [٣] في القضاء التزامَ مذهب جاز، وإن شرط عليه ؛ إما باللفظ وإما بالعرف وإما بأن يقول وليتك الحكم على مذهب فلان كما يقع ذلك في بعض التقاليد فلا يصح منه الحكم بغيره، لأن التولية لا تشمله، فإن صححت ( أي: التولية ) اقتصرت على ذلك المذهب، وإن فسدت امتنع الحكم مطلقاً، وقد اختلف الفقهاء فيما إذا اشترط عليه الحكم بمذهب معين هل تفسد التولية أو تصح ويفسد الشرط أو تصح ويصح الشرط ؛ والقول بالصحة وفساد الشرط إنما هو في المجتهد، أما المقلد فلا، والناس اليوم مقلدون فلا يأتي هذا القول فيهم، والذي أقوله في هذه الأعصار إن الذي تولى القضاء على الإطلاق إذا أطلق السلطان توليته لحكم بمشهور مذهبه إن كان مقلداً، وبما يراه إن كان مجتهداً، والذي يقول له السلطان: وليتك القضاء على مذهب فلان ليس له أن يتجاوز مشهور ذلك المذهب إن كان مقلداً، وإن كان مجتهداً في مذهبه فله الحكم بما ترجح عنده منه بدليل قوي، وليس له مجاوزة ذلك المذهب مقلداً كان أو مجتهداً، لأن التولية حصرته في ذلك، وليس له أن يحكم بالشاذ البعيد جداً في مذهبه وإن ترجح عنده، لأنه كالخارج عن المذهب "[٤].

**المذهب الثاني:** ويرى الشافعية والحنابلة عدم صحة تقييد القاضي بمذهب معين يحكم فيه بين المتنازعين، وذلك أن الحاكم إما أن يكون مجتهداً أو مقلداً، فإن كان مجتهداً كان ملزماً بتطبيق ما يؤديه إليه اجتهاده في المسائل الاجتهادية، وإن كان مقلّداً كان ملزماً بمذهب إمامه، لقوله عز

---

[1] الشرنبلالي، الحاشية على درر الحكام لمنلاخسرو، ج/٢، ص: ٤١٠، ابن عابدين: رسم المفتي،ص: ٤٧.

[2] الحطاب، مواهب الجليل، ج/٦، ص: ٩٨، الدسوقي، الحاشية،ج/٤،ص: ١٣٠.

[3] يقصد: إن لم يشترط الحاكم على القاضي..الخ

[4] السبكي، الفتاوى،ج/٢، ص: ١٣.

وجل: {فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ} [ص: ٢٦]، والحق ما دل عليه الدليل وذلك لا يتعين فى مذهب بعينه [١]، وهو أحد القولين عند المالكية [٢]، وقد فصّل الشافعية فيما لو شرّط المولّي وهو حنفي أو شافعي على من ولاه القضاء أن لا يحكم إلا بمذهب الشافعي أو بمذهب أبي حنيفة فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يشترط ذلك عموماً في جميع الأحكام، فهذا الشرط باطل سواءً كان موافقاً لمذهب المولي أو مخالفاً له، ولكن هل تبطل ولايته ؟ قالوا: إن لم يجعله شرطاً في الولاية وأخرجه مخرج الأمر أو مخرج النهي، وقال: قد قلدتك القضاء فاحكم بمذهب الشافعي رحمه الله على وجه الأمر، أو لا تحكم بمذهب أبي حنيفة على وجه النهي، كانت الولاية صحيحة والشرط فاسداً، سواءً تضمن أمراً أو نهياً، ويجوز أن يحكم بما أدّاه اجتهاده إليه سواءً وافق شرطه أو خالفه، ويكون اشتراط المولي لذلك قدحاً فيه إن علم أنه اشترط ما لايجوز، ولا يكون قدحاً إن جهل، لكن لا يصح مع الجهل به أن يكون مولياً ولا والياً.

أما إن أخرج ذلك مخرج الشرط في عقد الولاية، فقال: قد قلدتك القضاء على أن لا تحكم فيه إلا بمذهب الشافعي أو بقول أبي حنيفة، كانت الولاية باطلة لأنه عقدها على شرط فاسد.

والثاني: أن يكون الشرط خاصاً في حكم بعينه ؛ فلا يخلو الشرط إما أن يكون أمراً أو نهياً، – فإن كان أمراً بأن قال له مثلاً: اقتصّ في القتل بغير الحديد، كان أمره بهذا الشرط فاسداً، ثم إن جعله شرطاً في عقد الولاية فسدت، وإن لم يجعله شرطاً فيها صحت، وحكم في ذلك بما يؤديه اجتهاده إليه.

–وإن كان نهياً، فهو على ضربين: أن ينهاه عن الحكم، فلا يقضي فيه بوجوب قود ولا بإسقاطه، فهذا جائز، لأنه اقتصر بولايته على ما عداه، فصار ذلك خارجاً عن نظره، والضرب الثاني: أن لا ينهاه عن الحكم وينهاه عن القضاء في القصاص:

اختلف أصحاب الشافعي في هذا النهي: هل يوجب صرفه عن النظر فيه؟ على وجهين:

أحدهما أن يكون صرفاً عن الحكم فيه وخارجاً عن ولايته، فلا يحكم فيه بإثبات قود ولا بإسقاطه، والثاني: أنه لا يقتضي الصرف عنه ويجري عليه حكم الأمر به، ويثبت صحة النظر إن لم يجعله شرطاً في التقليد، ويحكم فيه بما يؤديه اجتهاده إليه [٣]..

---

[1] الشيرازي، المهذب، ج/٢، ص: ٢٩١، ابن قدامة، المغني، ج/ ١٠، ص: ١٣٦، ابن القيم، إعلام الموقعين، ج/ ٤، ص: ١٨٥.

[2] الحطاب، مواهب الجليل، ج/ ٦،ص: ٩٨، الدسوقي، الحاشية على الشرح الكبير، ج/ ٤، ص: ١٣٠

[3] الماوردي، الأحكام السلطانية، ص: ٨٧ –٨٨، الأقفهسي، توقيف الحكام على غوامض الأحكام، ٣٨٣–٣٨٤

ومن هذا البيان لآراء أئمة الفقه يمكن ملاحظة الأمور التالية:

**أولاً:** يتفق الفقهاء وفق آرائهم على عدم اشتراط التوافق في المذهب بين القاضي والحاكم، إذا كانا مجتهدين فالقاضي يحكم باجتهاده في المجتهدات، سواءً وافق اجتهاده اجتهاد الإمام أم لا، كما اتفقوا على صحة أن يولي الحاكم من يخالفه في المذهب، فيصح أن يولي الحنفي شافعياً والعكس[1].

**ثانياً:** لا ريب أن مذهب الشافعية ومن تابعهم من المالكية في منع تقييد القاضي بمذهب أو قانون محدد ينسجم مع الأصول التي وضعوها ابتداءً عند حديثهم عن كيفية الوصول للحكم، وعن الشروط التي أوجبوا توافرها في شخص القاضي وعلمه وبالتالي في شخص المحكم قياساً عليه ؛ بجامع أن المحكم يقوم بدور القاضي عند بدء القضية التحكيمية، فالقاضي يجب أن يكون مجتهداً، وهذا لا يتعارض مع النتيجة التي وصلوا إليها، لأن المجتهد العالم الذي يملك القريحة الفقهية والتفسيرية للنصوص والوقائع القانونية ينبغي أن يوظف ما تولد لديه من ملكة الاجتهاد في التوصل للحق ولا شيء غير الحق، وفي ذلك لا يكون رأي الوالي أو الحاكم ملزماً له لأنه اجتهاد قائم على قواعد صحيحة، والاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله، فالمانعون إنما نظروا للأصل الذي ينبغي أن يكون عليه القضاء، ثم طبقوا الشروط اللازمة له فكان لا بد أن يكون الوصول للحكم على الواقعة القانونية بسلم علمي وفقهي رصين.

**ثالثاً:** أن السؤال المطروح في هذا المقام: هل يُجعل القانون الذي يُصدره الوالي أو الحكام بمثابة النصوص والإجماع والقياس الجلي ؛ بحيث لا تصحّ مخالفته من القضاة الموجودين واللاحقين عند صدوره؟ والجواب: أن إلزام هذا القانون الذي يحكم به وليّ الأمر المسلم يستمد من قاعدة: وجوب طاعة الإمام فيما يأمر به مما ليس بمعصية، وللإمام أن يقيد المباح، أو يوجب العمل به على شخص أو جماعة، وله كذلك تعيين بعض الأفراد ليتحملوا القيام بفرض الكفاية، ويصبح الأمر عليهم فرض عين،دون أن يعتذر عن الأمر بأنه مباح أو فرض كفاية، ولكن الإلزام الذي يكتسبه هذا القانون يختلف اختلافاً جوهرياً عن الإلزام الذي هو صفة النصوص والإجماع، فهو إلزام مؤقت قابل لأن يعود كلياً أو جزئياً إلى عدم الإلزام، وللإمام المسلم مع مجلس الشورى الذي يتكون من علماء الأمة أن يجددوا الاجتهاد بين الحين والآخر، ليتخيروا من الاجتهادات الفقهية ما هو أنفع للأمة، وأكثر مناسبة للظروف والمستجدات، وعندئذ يصبح الاجتهاد الجديد هو الملزم، كما أن القاضي المسلم إنما يستمد ولايته من ولاية الإمام،

---

[1] ابن أبي الدم، أدب القضاء، ج/١، ص: ٣٠٤، الأقفهسي، توقيف الحكام على غوامض الأحكام، ص: ٣٨٣.

وأقواله وأفعاله من غير هذه التولية لا إلزام لها، بل هي مجرد فتاوي، للناس الأخذ بها أو تركها والأخذ بغيرها من فتاوي المجتهدين [١].

**رابعاً:** إن مذهب الحنفية ومن تابعهم في صحة تقييد القاضي بمذهب معين يقوم على النظر في الواقع العملي لأحوال القضاة، فهم لا يختلفون أبداً مع باقي الفقهاء في الضوابط أو الشروط التي ينبغي أن تتوفر في شخص القاضي أو المحكم وعلمه وفي كون القضاء أساس إقامة حكم الله وفق الحق والعدل، إلا أن السياسة تقتضي القول بجواز التقييد عند تحقق المصلحة والضرورة القاضية به، خصوصاً أن وجود القاضي المجتهد نادر في عصرنا.

**خامساً:** أن المنع من توحيد القانون الإسلامي الذي يحكم به القضاة بين الناس، ويفصلون به خصوماتهم لم يكن أمراً مجمعاً عليه لا يُخرم، وإنما هو أمر اجتهادي يخضع للترجيح بالمرجحات، ومن أهمها في هذا المجال: مصلحة العباد، ودفع الاختلاف عنهم والفساد، ولا شك أن الزمان الذي تفسد فيه قلوب أهله، ويشح فيه العلم، ويندر فيه وجود مجتهد يركن إليه في استنباط الأحكام، هو أولى الأزمنة في أخذ الناس بقانون واحد [٢]، ولهذا ارتأت الدولة العثمانية بعد أن شاع فيها عدد من القضاة لا يعلمون قواعد وضوابط الحكم بجزئيات المذهب أن يقعّدوا ويقنّنوا للقاضي أصول المحاكمات وأحكامه،وإنشاء المدارس الخاصة لتلقي علوم القضاء وأصول المحاكمات، وفي ذلك للحفاظ على حقوق الناس ومنع تضييعها، ولا يتسع البحث للحديث عن تاريخ التقنين الإسلامي وآراء المتأخرين فيه، إلا أن الذي تقرر العمل به وجوب الالتزام بالحكم الذي يقرره الوالي أو الحاكم مادام أنه يحكم فيما لا يخالف الكتاب والسنة، كما أنه يحق للمحكوم عليه مخاصمة القاضي إذا حكم باجتهاده وبخلاف ما قيده به الوالي[٣].

**سادساً:** إن تقييد عملية التحكيم التي هي صورة العمل القضائي بقانون أو مذهب محدد أضبط في تطويق حدود النزاع الذي قد يطول مدى النظر فيه إن قلنا بعدم التقييد، كما أنه لن يحقق الفائدة المرجوة من اختصار وقت النزاع بالمقارنة مع الحكم القضائي المباشر، حيث أن اللجنة التحكيمية متعددة الأعضاء بخلاف مجلس القاضي الذي يتكون في الصورة النهائية من شخص القاضي فقط في مقابلة الخصوم، فلو أن أعضاء لجنة التحكيم اختلفوا في مسألة – والاحتمال كبير – لأدى ذلك إلى إطالة أمد الجلسات للوصول إلى الحكم الذي قد لا يكون في نهاية المطاف إلا بترجيح المرجح.

---

[1] ياسين، محمد نعيم، حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ص: ٦٨-٦٩.

[2] المرجع السابق، ص: ٦٨.

[3] انظر: حيدر، علي: شرح مجلة الأحكام العدلية، ج/ ٤، ص: ٥٤٦ وما بعدها.

ولذلك أرى أن تقييد الهيئة التحكيمية وإلزامها بالسير على قانون محدد أضبط وأسلم بالنسبة للقرار النهائي، وفيه مراعاة لحق الخصوم، ولأن الإلزام إنما يكون في المجتهدات، وليس رأي مجتهد بأولى من الرأي الآخر في حق المقلّدين، هذا كله إذا كان القانون الذي سيستند إليه أعضاء هيئة التحكيم لا يخالف أحكام النصوص الشرعية من الكتاب والسنة، فإن الحق فيه ظاهر، أما إذا تعارضت نصوص القانون الذي سيحكم به أعضاء الهيئة مع الكتاب والسنة فيجب الرجوع عندئذ لما نصت عليه أحكام الشريعة الإسلامية، وقد أوردت المعايير الشرعية أن المحكِّم يجب عليه أن يطبق أحكام الشريعة الإسلامية، وإذا قُيِّدَ المحكِّم بقانون معين، فيجب عليه عدم مخالفة الشريعة، وهذا الإلزام قد يكون صادراً من هيئة التحكيم أو من أطراف النزاع [١].

**الفرع الثاني: الاتجاه التقليدي الجاري حول القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع**

بعد استقرار القوانين العامة والخاصة في شتى دول العالم، نجد أن ثمة فرقاً واضحاً بين وجود مثل هذه المسألة بين القاضي والمحكم، فالقاضي يطبق قانون الدولة التي توجد بها محكمته، ويمارس سلطة هذه الدولة ويلزم بتطبيق قوانينها، أو القانون الذي تحيل إليه قاعدة الإسناد فيها، أما المحكم فالأمر بالنسبة له مختلف تماماً، إذ هو لا يمارس سلطة الدولة [٢]، وقد أدى ذلك إلى ظهور إشكاليات معقدة ومتنوعة في العلاقات التعاقدية الدولية من حيث الأشخاص والموضوع والمضمون مما دفع المؤسسات المعنية بالتحكيم لتقنين القواعد التي تحكم القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ويمكن تقسيم مصادر القانون الواجب التطبيق على النزاع بموجب أحكام الاتفاقيات التحكيمية إلى حالتين: حال قيام الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، وحال قيام هيئة التحكيم باختيار القانون المطبق على النزاع [٣].

**الحالة الأولى: قيام الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق**

بيَّن القانون النموذجي (اليونسترال) أن هيئة التحكيم تفصل في النزاع وفقاً لقواعد القانون التي يختارها الطرفان[٤] بوصفها منطبقة على موضوع المنازعة [٥]، وأياً ما كان الرأي في مدى

---

[1] المعايير الشرعية، المادة ( ٩/٤-٥ )، ص: ٥٢٠.
[2] والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٤١٨.
[3] حزبون، جورج: الاتجاهات الدولية في التحكيم الدولي الخاص، ص: ٥٨١.
[4] " **القواعد التي يتفق عليها الطرفــان** ": يجب أن تفسّر هذه العبارة في ضوء وصف القاعــدة القانونيــة، لأن القاعدة القانونية ليست مجرد قاعدة يتفق عليها الطرفان فحسب، وإنما تستمد القاعدة القانونية وصفها من كونهــا إما قاعدة قانونية مقررة في قانون وضعي، أو قاعدة مسلمة في نظام قانوني معــين، أو مبــدأ مــن المبــاديء القانونية العامة في القانون، أو قاعدة من قواعد العرف الجاري أو العادات الجارية في المعاملات، أما ما قــد يرد في اتفاق الطرفين من أحكام خاصة من خلقهما فلا ينطبق عليه وصف القواعد القانونية التي اتفق الأطراف على تطبيقها.أ.هـــ ماتييه دي بواسيسون، انظر: والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٤١٩.
[5] القانون النموذجي، اليونسترال، المادة ( ٣٥/١- ٢-٣ ).

اتساع حرية الطرفين في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في حال طرحه على التحكيم، فإن جانباً من الفقه يسند إلى القانون المختار من الطرفين وظيفة أخرى متميزة لا نصادفها حال طرح النزاع على القضاء، هي تعيين قواعد الإسناد[١] التي تحدد القانون المختص في شأن ما يخرج عن سلطان قانون الإرادة من مسائل، فهناك مسائل تخرج بطبيعتها من مجال حرية الطرفين كما في المسائل المتعلقة بالأهلية وما يتبعها من نظم حماية كاملي الأهلية والنيابة في التعاقد، أو إذا كان الأمر متعلقاً بمسؤولية عقدية وتمسك أحد الطرفين بانعقاد المسؤولية التقصيرية لخصمه [٢]، أو ثارت مسألة تتعلق بنقل الملكية أو غيرها من الحقوق العينيّة [٣]، فبالرغم من أن هذا الرأي يتسم بالتحرر والتقدم إلا أنه يعيبه عدم تحديد نطاق ممارسة حرية الأطراف للاختيار ؛ خصوصاً إذا سعوا إلى تدويل علاقاتهم التعاقدية [٤]، وتقع اختيارات الأطراف في صور متعددة:

**الصورة الأولى: تطبيق قانون دولة معينة في التعاقد**

يلجأ الأطراف إلى اختيار قانون دولة معينة يعتقدون أنه أكثر تحقيقاً للعدالة، أو لأنه قانون الدولة التي وضع في ضوئه العقد الذي أبرمه الأطراف عند التعاقد، أو لأنه قانون يختلف عن قانون أي من الأطراف فيتسم بالحياد، كما يمكن أن يكون هذا الخيار في مجال التحكيم الوطني

---

[1] المقصود **بقواعد الإسناد:** القواعد القانونية التي يتم بمقتضاها تطبيق القانون الواجب التطبيق على المنازعة، وكل قاعدة إسناد تتكون من الفكرة المسندة وظرف الإسناد، والتكييف إنما ينصب على الأول لا على الثاني، ومن ثم إذا ما تحددت الفكرة المسندة بواسطة التكييف أصبح بها القانون المختص محدداً، وتتنوع قواعد الإسناد، فللأهلية قاعدة إسناد، وللالتزامات العقدية قاعدة إسناد،وهكذا، ووظيفة القاضي أن يقوم بالتكييف لموضوع النزاع، لتحديد الفكرة المسندة، والتي وضع المشرع لكل منها قاعدة إسناد، فإذا ما اتضح له مثلاً أنها أهلية، فلن يدخل بعدها في المسائل المتفرعة عن الأهلية، كتحديد سن الرشد، والعوارض اللاحقة بالأهلية، لأنها من التكييفات اللاحقة، والتي يحكمها القانون الواجب التطبيق نفسه، وهكذا الأمر بالنسبة لباقي القواعد الإسنادية. أنظر: أبو صيبع، عبد الرسول كريم، أثر الاختصاص القضائي الدولي في تنازع القوانين، ص: ٧ – ٨، كلية القانون، جامعة الكوفة.

[2] يظهر التمييز بين **المسؤولية العقدية والتقصيرية:** في أن المسؤولية العقدية تقوم على الإخلال بالتزام عقدي يختلف باختلاف ما اشتمل عليه العقد من التزامات، أما المسؤولية التقصيرية، فتقوم على الإخلال بالتزام قانوني واحد لا يتغير ؛ هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير، فالدائن والمدين في المسؤولية العقدية كانا مرتبطين بعقد قبل تحقق المسؤولية، أما في المسؤولية التقصيرية قبل أن تتحقق، فقد كان المدين أجنبياً عن الدائن، ومثال المسؤولية العقدية: أن يبرم عقد بيع، ثم يتعرض البائع للمشتري في العين المبيعة، فيخل بالتزامه العقدي من عدم التعرض. ومثال المسؤولية التقصيرية: أن تكون العين في يد مالكها، ويتعرض له فيها أجنبي، فتتحقق مسؤولية المتعرض، ولكن مسؤوليته هنا تقصيرية لا عقدية، إذ هو لم يخلّ بالتزام عقدي يوجب عليه عدم التعرض للعين، بل أخلّ بالتزام قانوني عام يفرض عليه عدم الإضرار بالغير ويدخل في هذا الغير مالك العين. السنهوري، الوسيط، ج/١، مجلد:٢ (مصادر الالتزام)، ص: ٨٤٧.

[3] جمال، مصطفى محمد **و** عبد العال، عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية،ص: ٢٥١.

[4] حزبون، جورج: الاتجاهات الدولية في التحكيم الدولي الخاص، ص: ٥٨٢– ٥٨٣.

تماماً كما الدولي[١]، ومن حسنات هذه الصورة أنها الأفضل في حالة أن تكون الدولة طرفاً في النزاع، ففي هذه الدولة تتركز العلاقات القانونية، ومثال ذلك: في العقود الاستثمارية يكون تنفيذ الأشغال العامة واستغلال المرافق العامة واستثمار المصادر الطبيعية خصوصاً المعادن، وإنشاء واستغلال المشاريع الصناعية من قبل المستثمر، وغير ذلك.. جميعها تتمّ على أراضي الدولة المستقبلة والمتعاقدة مع المستثمر، كذلك الأمر بالنسبة لبيع المصانع ( تسليم مفتاح )، وعمليات الإقراض للدولة ( أو لإحدى مؤسساتها أو شركاتها بضمان الدولة )، إذ أنها في النهاية تخصص لعمليات في داخل الدولة أو للمرافق العامة فيها[٢].

**الصورة الثانية: اختيار قواعد وقوانين التجارة الدولية**

شهدت بدايات القرن العشرين ملامح منهج جديد في القانون الدولي الخاص، فحواه الاستعاضة عن إسناد حكم المعاملات الدولية للنظم القانونية الوطنية من خلال ضوابط مستمدة من عناصرها، بإخضاع هذه المعاملات مباشرة لنظام خاص بها تشكل معطياته الأعراف والعادات والممارسات السائدة في التجارة الدولية والمباديء القانونية العامة المسلَّمة بين الدول، فيما صار يعرف بقانون التجارة الدولية [٣].

ويمكن تعريف هذا النظام بأنه: " كل قانون يحكم التصرفات والأحداث التي تتجاوز الحدود الوطنية " [٤]، بيد أن عدة إشكالات ظهرت عند تطبيق هذه الصورة، تتلخص فيما يلي:

**أولاً:** أنها لا تعطي معياراً واضحاً لانتقاء القواعد المناسبة من القانون الداخلي والقانون الدولي العام التي تشكل المباديء العامة لهذا الفرع الجديد في القانون.

**ثانياً:** أن هذه الصورة قد ركزت على العقود الدولية للتنمية الاقتصادية التي يكون أحد أطرافها دولة دون غيرها من العقود، كما أنها حتى في هذا المجال غامضة في طبيعتها وعاجزة عن تحديد نطاق انطباقها [٥].

---

1 والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٤١٩.

2 ولا يمكن إغفال أن هناك بعض الاعتراضات على عمومية تطبيق هذه الصورة ؛ كأن يكون قانون الدولة غير متطور بدرجة كافية من الناحية الفنية، بحيث تكون في نظر المستثمرين غير كافية لحماية مصالحهم، كما أنه قد أثير اعتراض آخر في ان اختيار قانون دولة معينة كانت أحد أطراف النزاع يعني اعتبار حرية الأطراف محصورة في جانب واحد هو جانب الدولة التي ستطبق قوانينها وهذا يقدح في مفهوم الحرية المشتركة للطرفين.أ.هـ،انظر: حزبون، جورج: الاتجاهات الدولية في التحكيم الدولي الخاص، ص: ٥٧١

3 فيليب فوشار، التحكيم التجاري الدولي،ص: ٣٧٨، انظر: جمال، مصطفى محمد و عبد العال، عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية، ص: ٢٥٥.

4 (jessup: transnational law) ، انظر: حزبون، جورج: الاتجاهات الدولية في التحكيم الدولي الخاص،ص: ٥٧٨.

5 المرجع السابق، ص: ٥٧٩.

**ثالثاً:** أنها لاتعدو أن تكون ممارسات تسود مختلف فروع التجارة والمعاملات الدولية وتختلف في مضمونها من فرع إلى آخر، إلا أنها – على فرض تمتعها بالقدر اللازم من العمومية والتجريد – تفتقد صفة الإجبار التي لا يوفرها إلا وجود سلطة عليا تحمل على احترامها من قبل من يدخلون في دائرة خطابها [١].

ولهذا يرى البعض أن أيّاً من النظريات المقترحة لا يمكنه بمفرده أن ينظم العلاقات التعاقدية التي تتجاوز نطاق العلاقات الوطنية الخالصة لتشتمل على عنصر أجنبي مع وجود الدولة أو إحدى مؤسساتها [٢]، ويبرز هنا الدور البديل لوجود القانون الإسلامي الذي يعطي صفة القوانين الموضوعية الوطنية، والذي يصلح لتجاوز نطاق العلاقات الوطنية ليشمل العلاقات الدولية، خاصة وأن الفقه الإسلامي يمكن أن يقدم الحلول الكافية لجميع المسائل والأحداث المستجدة في نطاق الاستثمار والتنمية، حيث إن المعايير الشرعية كخطوة أولى هامة فتحت المجال للمؤسسات التحكيمية على مستوى الدول الإسلامية لتتضافر في جهودها من أجل الوصول إلى قانون للتحكيم يفي بحاجات المستثمرين ويشكل حماية حقيقية للمصالح التنموية، خصوصاً أنها بحثت جوانب العقود والاستثمار والمعاملات المختلفة في قواعد وقوانين موضوعية، بحيث تغطي جوانب كبيرة للمستند القانوني الذي يحتاجه أفراد هيئة التحكيم عند بدء العملية التحكيمية.

**الحالة الثانية: قيام هيئة التحكيم باختيار القانون المطبق لحل النزاع**

إذا لم يتفق أطراف النزاع على القواعد القانونية واجبة التطبيق، فإن هيئة التحكيم تقوم باختيار القواعد القانونية الموضوعية التي تطبقها، ولم تحدد المعايير قيوداً على هيئة التحكيم عند اختيارها لقانون معين أو مذهب معين سوى أن لا يكون هذا القانون المختار يحوي مخالفات للشريعة الإسلامية عند ذلك يجب أن تلتزم الهيئة بما يوافق الشريعة الإسلامية في تلك القواعد[٣]،

---

[1] بروتلد جولدمان، النظرية النقدية لقانون التجارة الدولية، ص: ١٢٥، انظر: جمال، مصطفى محمد و عبد العال، عكاشة،التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية، ص: ٢٥٨.

[2] حزبون، جورج: الاتجاهات الدولية في التحكيم الدولي الخاص،ص: ٥٧٩.

[3] المعايير الشرعية، المادة ( ٩/ ٥ )، ص: ٥٢٠.

واعتبر القانون النموذجي أنه وفي حال عدم اتفاق الأطراف على قانون معين وجب على الهيئة أن تطبق القانون الذي تقرره وتراه مناسباً [١]، ولا يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في المنازعة كحَكَم غير مقيّد بنص أحكام القانون أو وفقاً لمباديء العدل والإنصاف، إلا إذا أذن الأطراف لها بذلك صراحة، وفي جميع الأحوال تفصل هيئة التحكيم النزاع وفقاً لشروط العقد محل النزاع إن وجدت، وتراعى في ذلك أي أعراف تجارية سارية على المعاملة [٢].

---

[1] ففى النزاع بين شركة نمساوية ووزير الزراعة المصرى والذي يتضمن اتفاق مقاولة مبرم فى ٢٧ مايو سنة ١٩٨٢ بين الشركة ووزير الزراعة، مؤادة قيام الشركة بعمليات رش القطن بالطائرات لمواسم سنة ١٩٨٢،١٩٨٣،١٩٨٤.وأثناء قيام أحد طيارى الشركة فى ٩ سبتمبر سنة ١٩٨٣ من مطار أسيوط، فوجىء بسيارة بها مدير زراعة أسيوط تقطع ممر المطار بالعرض، فحاول تفادى الحادث بالتخلص من حمولة الطائرة من المبيدات فأدى ذلك لصعود الطائرة بحدة ثم سقوطها فى حقل على يسار المهبط، وتحطمت بالكامل وأصيب الطيار. فطالبت الشركة وزير الزراعة بالتعويض، بسبب خطأ تابعى الوزراة الذى أحدث الأضرار المادية التى لحقت بالشركة، وتتمثل فى تحطيم الطائرة، وفيما فاتها من كسب بسبب حرمانها من استغلال الطائر ة فى عمليات الرش عن المدة من ١٩٨٥/٩/٩ حتى ١٩٨٥/٩/٢٥وهو تاريخ انتهاء العقد، وفيما فاتها من كسب لعدم استغلال الطائرة فى الرش بجمهورية السودان وفقاً لعقد مبرم فى ٢٠يوليو سنة ١٩٨٣، وأسندت فى ذلك إلى أن وزارة الزراعة قد أخلت – بخطأ تابعيها – بإلتزام تعاقدى هو مسئوليتها عن تأمين سلامة مهبط الطائرة ضد دخول الأفراد والعربات.وقد دفع وزير الزراعة بأن الوزارة ليست مسئولة عن تأمين سلامة المهبط ضد دخول الأفراد والمركبات وفقاً لعقد المقاولة، وإنما تلتزم فحسب بتحذير الأهالى بالابتعاد أثناء عمليات الرش الجوى للحق وأن الشركة هى التى أخطأت ؛ إذ لم يتأكد الطيار من خلو الممر من العوائق عند سيره بالطائرة على الممر، كما أن الشركة سمحت للطائرة بالطيران رغم عدم ملاءمة الأحوال الجوية يوم الحادث لإجراء عمليات الرش ولأسباب أخرى أدت لوقوع الحادث ولما كان طرفا العقد قد اتفقا على حل منازعتهما وفقاً لقواعد مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم. وفوض الطرفان مدير المركز فى تعيين محكم فرد. وفعلاً قرر فى ١٩٨٤/٩/٩ تعيين د. فتحى عبد الصبور محكماً وحيداً فى الدعوى. الذى طبق على إجراءات التحكيم القواعد التى يطبقها المركز UNCITRAL. ولما اطلع المحكم بتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع قرر أنـه:" متروك – كقاعدة عامة – لإرادة الطرفين، وفى حالة عدم النص فى العقد محل النزاع على تحديد هذا القانون. يجوز الاتفاق فى تاريخ لاحق على تطبيق القانون المصرى أو أى قانون آخر، كما نصت المادة ١/٣٣. من قواعد التحكيم التى وضعتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى على أن تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القانون الذى يعينه الطرفان وإذا لم يتفقا على تعيين هذا القانون، وجب أن تطبق هيئة التحكيم القانون الذى تعينه قواعد تنازع القوانين التى ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق فى الدعوى. وإذا كان من الثابت من عقد المقاولة محل التداعى أنه لم يتضمن اتفاق الطرفين على تطبيق قانون معين، وكانت قواعد تنازع القوانين تقضى فى هذه الحالة بتطبيق قانون الدولة التى أبرم فيها العقد بين الطرفين المتنازعين مختلفى الموطن بالنسبة للالتزامات التعاقدية وبتطبيق قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشىء للالتزام بالنسبة للالتزامات غير العقدية وهى القواعد التى تبنتها المادتان ١/١٩، ١/٢١ من القانون المدنى المصرى. لما كان ذلك، وكان الثابت من واقع الدعوى أن العقد محل التداعى بين الطرفين قد أبرم فى القاهرة، وأن حادث تحطم الطائرة المملوكة للشركة المدعية موضوع هذه الدعوى قد وقع بمصر، فإن القانون المصرى يكون هو القانون الذى يحكم النزاع الماثل فى هذه الدعوى، وانتهى حكم التحكيم إلى تقرير مسئولية وزارة الزراعة عن تعويض الضرر المادى الذى لحق بالطائرة باعتبار أن خطأها كان هو المنتج والمؤثر فى إحداث الضرر، وعدم مسئوليتها عن تعويض الشركة عما فاتها من كسب سواء فى مصر أو فى السودان باعتباره ضرراً غير متوقع. المركز الإقليمي للتحكيم بالقاهرة، الحكم الصادر فى ٧ يوليو سنة ١٩٨٥.

[2] القانون النموذجي (اليونسترال)، المادة ( ٣٥ / ١ – ٢ – ٣ ).

## المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم

**يُقصد بإجراءات التحكيم**[١]: تلك القواعد الإجرائية الواجب اتباعها بعد تشكيل هيئة التحكيم، من قبل الهيئة نفسها وأطراف النزاع، مثل تحديد مكان ولغة التحكيم، وتقديم اللوائح والبينات، والجلسات والحضور...الخ مما سيأتي بيانه في الفصل التالي.

وللطرفين الحرية في وضع الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بصفة عامة، أو الإحالة إلى القواعد الإجرائية النافذة في منظمة أو مركز من مراكز التحكيم الدائم في داخل الدولة أو خارجها، بحيث يتم الرجوع إلى هذه القواعد بصفة أصلية في حال عدم الاتفاق على قواعد إجرائية من الأصل، أو عند عدم كفاية الإجراءات التي تم الاتفاق عليها من الأطراف، وتظهر أهمية إحالة الطرفين إلى القواعد الإجرائية المعمول بها في منظمة أو مركز للتحكيم الدائم في أن هذه المنظمات والمراكز لديها لوائح إجرائية خاصة بها تحدد الإجراءات الواجبة الاتباع بشأن التحكيم بدءاً من الإعداد له ومروراً بخصومته وانتهاءً بحكمه، أو على الأقل تتبنى مجموعة أخرى من المجموعات الإجرائية الخاصة المقبولة في مجال العلاقات الدولية بصفة عامة، أو في مجال العلاقات المتعلقة بتجارة أو صناعة أو نشاط اقتصادي أو آخر بعينه [٢].

وقد نص القانون النموذجي على أنه إذا لم يكن ثمة مثل هذا الاتفاق، كان لهيئة التحكيم أن تحدد كيفية السير في الإجراءات بالطريقة التي تراها مناسبة [٣]، على ما سأبينه في الفصل التالي بإذن الله.

---

[1] حداد، حمزة، التحكيم في القوانين العربية،ص: ٢٧٨.

[2] جمال، مصطفى محمد و عبد العال، عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية، ص:٢٢٠ وما بعدها.

[3] القانون النموذجي ( اليونسترال)، المادة ( ١٧ /١).

# الفصل الثالث:

# إجراءات التحكيم في الشريعة الإسلامية مقارنة مع القانون النموذجي(اليونسترال UNCITRAL)

## الفصل الثالث: إجراءات التحكيم في الشريعة الإسلامية مقارنة مع القانون النموذجي(اليونسترال UNCITRAL)

### تمهيـــــد

تقوم عملية التحكيم من حيث إجراءاتها على تحري الحــقّ والمصلحـــة، وقد تختلف الإجراءات المتبعة في جلسة التحكيم، تبعاً للظروف التي تحيط بالقضية موضوع النزاع. ونتيجة لاعتبار التحكيم ذا طبيعة قضائية، يجب على هيئة التحكيم مراعاة المباديء الأساسية في التقاضي، سواءً كان التحكيم مؤسسياً أو وطنيّاً أو تجارياً دوليّاً، وهي مباديء مسلّم بوجوب مراعاتها في جميع نظم التحكيم دون الحاجة للنص عليها أو اتفاق الأطراف على مراعاتها، فبدونها لا يتصور إقامة عدالة حقيقية، وعلى المحكم أن يتبع المنهج القضائي في مراعاة الضمانات الأساسية للتقاضي عند تحقيق الادعاءات ونظر الطلبات وفي أسلوب فضّ المنازعة، سواءً بهدف إنزال حكم القانون عليها، أو بهدف الحكم وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف [١] ؛ لأن الحكام والقضاة زعماء العدل والإنصاف، نُدبوا لأن ينتصف الناس بهم، فكان أولى أن يكونوا أنصف الناس، لقوله تعالى: {يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ} [ص: ٢٦]، وقوله تعالى: {وَمَنْ أَضَلُّ مِمَّنِ اتَّبَعَ هَوَاهُ بِغَيْرِ هُدًى مِنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ} [القصص: ٥٠] [٢]، ومن حديث عائشة –رضي الله عنها – أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: " أتدرون من السابقون إلى ظل الله يوم القيامة؟ قالوا: الله ورسوله أعلم، قال: الذين إذا أعطوا الحقّ قبلوه، وإذا سألوه بذلوه، وحكموا للناس كحكمهم أنفسهم "[٣].

---

[1] والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٣٠١.

[2] الماوردي، أدب القاضي، ج/٢، ص: ٢٤٥.

[3] رواه أحمد في مسنده من حديث ابن لهيعة عن خالد ابن أبي عمران عن القاسم بن محمد عن عائشة رضـــي الله عنها، رقم (٢٤٤٢٤)، ج/٦، ص: ٦٧.

وإذا كان المحكّم مأموراً من الله عز وجل بالعدل وإقامة الحق، فإن الأمر أيضاً يتوجه إلى الخصوم، فإذا كانت المخاصمة في باطل، وكانت من أحد الخصمين بغير حقّ، فهذا مما حذر منه النبي – صلى الله عليه وسلم – بقوله: " من خاصم في باطل وهو يعلمه لم يزل في سخط الله حتى ينزع "[1]، وفي لفظ: " من أعان على خصومة بظلم فقد باء بغضب من الله "[2]، وينبغي لهيئة التحكيم إذا رأت مخاصماً أو مُعيناً على خصومة بتلك الصفة أن تزجره وتردّ عليه لينتهي من غيّه [3].

كما ينبغي لهيئة التحكيم أن تتحرى السهولة واليسر في إجراءات التحكيم، خصوصاً وأن أطراف النزاع ما أحالوا المخاصمة للتحكيم إلا تجنباً من تعقيدات الإجراءات القضائية وطول المدد المتعلقة بتلك الإجراءات، فالمصلحة التي يستند إليها التحكيم تُلزم أعضاء الهيئة التيسير على الخصوم ودفع المشقة عنهم فيما يوصلهم إلى فضّ نزاعاتهم دون مشقة أو تكلّف. وقد جاء هذا الفصل لبيان الإجراءات المتبعة في التحكيم عند الفقهاء مقارنة بالإجراءات التي تتبع في التحكيم الخاضع لقانون اليونسترال من خلال المباحث التالية:

---

[1] رواه أبوداود في سننه، قال: حدثنا أحمد بن يونس ثنا زهير ثنا عمارة بن غزية عن يحيى بن راشد قال جلسنا لعبد الله بن عمر فخرج إلينا فجلس فقال: سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول " من حالت شفاعته دون حد من حدود الله فقد ضاد الله ومن خاصم في باطل وهو يعلمه لم يزل في سخط الله حتى ينزع عنه ومن قال في مؤمن ما ليس فيه أسكنه الله ردغة الخبال ( الوحل الشديد ) حتى يخرج مما قال " أ.هـ، باب: فيمن يعين على خصومة لم يعلم أمرها، رقم (٣٥٩٧ )، ج/ ٣، ص: ٣٠٥، ورواه الحاكم في المستدرك من حديث نافع عن ابن عمر بلفظ: " من أعان على خصومة بغير حق كان في سخط الله حتى ينزع "،قال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، رقم ( ٧٠٥١ )، ج/٤، ص: ١١١.

[2] رواه البيهقي في سننه من حديث مطر الوراق عن نافع عن ابن عمر، باب إثم من خاصم أو أعان في خصومة بباطل، رقم (١١٢٢٥ )، ج/٦، ص: ٨٢.

[3] القنوجي، ابن حسن خان، ظفر اللاضي بما يجب في القضاء على القاضي، ص: ٨٤ – ٨٦.

## المبحث الأول: سير الإجراءات في عملية التحكيم

الأصل أن لأطراف التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم لنظر النزاع، باعتبار أن عقد التحكيم ابتداءً عقد اتفاقي قائم على الرضا، فيجعله بذلك يتميز عن النظام القضائي الذي يخضع فيه الخصوم للتنظيمات الإجرائية في المحكمة دون أن يحق لأحد منهم الاعتراض أو المخالفة لأي جزء من هذه الإجراءات، كما أن هذه المرونة في التحكيم تتيح للأطراف الاتفاق على إجراءات بسيطة للنزاعات البسيطة، مما يسمح بانتهاء التحكيم في وقت قصير وبنفقات قليلة [١]، وتقييد أطراف النزاع لهيئة التحكيم بإجراءات محددة إنما يستمد مشروعيته من مدى حرية العاقدين في إبداء الشروط العقدية إما بالإنقاص منها، أو بإضافة التزامات على أحد الطرفين المتعاقدين لا يستلزمها أصل العقد، فيشترطون من الشروط ما يشاؤون مما يحقق مصالحهم فيما لا يتعارض مع أحكام الشرع[٢]، والدليل عليه ما جاء في قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: " المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحلَّ حراماً "[٣].

ويجوز للأطراف الاتفاق على إجراءات التحكيم في نفس مشارطة التحكيم، أو في اتفاق مستقلّ قبل بدء إجراءات التحكيم أو بعد بدئه، كما يمكن لهم الاتفاق على بعض الإجراءات دون البعض الآخر، ويكون للأطراف في هذا الشأن الحرية الكاملة في تحديد الإجراءات دون التقيد بالأصول الإجرائية المطلوبة في القضاء، إلا المتعلقة بالنظام العامّ [٤]، فإذا لم يكن ثمة مثل هذا الاتفاق، كان لهيئة التحكيم اختيار الإجراءات التي تراها مناسبة لإدارة التحكيم [٥]، على أنه يمكن للأطراف أو لهيئة التحكيم عند عدم اتفاق الأطراف اعتماد قانون إجرائي معين من قوانين دولة معينة أو قانون الدولة الوطني أو أحد مراكز التحكيم الدائمة، ومرجع ذلك هو ما للتحكيم في هذه الحالة من ارتباط بأكثر من نظام قانوني، ارتباطاً يمكن أن يكون مناطاً لتطبيق القواعد الإجرائية

---

1 والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٢٩٥.

2 الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ١/ص: ٥٤٢ – ٥٤٣.

3 رواه الترمذي، قال: حدثنا الحسن بن علي الخلال حدثنا أبو عامر العقدي حدثنا كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده: أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو حل حراما "، قال أبو عيسى هذا حديث حسن صحيح، سنن الترمذي،باب: ماذكر عن رسول الله في الصلح بين الناس، رقم: ( ١٣٥٢ )، ج/٣، ص: ٦٣٤، وفي رواية الحاكم: حدثنا أبو عبد الله محمد بن يعقوب الشيباني ثنا محمد بن عبد الوهاب بن حبيب ثنا خالد بن مخلد ثنا كثير بن عبد الله بن عمرو بن عون عن أبيه عن جده قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما وإن المسلمين على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا. المستدرك على الصحيحين،حديث رقم: ( ٧٠٥٩ )، ج/٤، ص:١١٣

4 المعايير الشرعية، المادة ( ١٠ /٣ )، والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٢٩٥.

5 القانون النموذجي، اليونسترال، المادة (١٧ / ١ ).

فيه [١]، بدءاً بطريقة عرض النزاع، ومروراً بنظام الجلسة ومكانها واللغة المستخدمة وعلانية الجلسات، وفيما يلي تفصيل وبيان للخطوات التي تشكل في مجموعها اجراءات عملية التحكيم:

## المطلب الأول: الطلب وعرض النزاع

الأصل في الفقه الإسلامي أن البدء في نظر دعوى النزاع لا يكون إلا بطلب من صاحب الشأن[٢] وحضور خصمه، إذا حصل سبب استحقاق الدعوى[٣] ؛ وفي عرض نزاع التحكيم يتقدم المحتكِم المدعي ( الدائن ) بطلب لمؤسسة التحكيم ؛ إذا كان التحكيم مؤسسياً، متضمناً للبيانات التي تنص عليها قواعد التحكيم في المؤسسة،أما إذا كان التحكيم حرّاً ( غير مؤسسي ) فيقدم المحتكِم للمحتكَم ضده إخطاراً، أو للمحكمة، أو لسلطة تعيين الحكمين، حسبما ينص عليه اتفاق الطرفين، وعادة ما يتضمن هذا الطلب:اسم طالب التحكيم والمحتكم ضدّه وعنوانهما، واسم المحكّم الذي يعينه، وملخصاً عن العلاقة القانونية والنزاع، ويذكر اسم المحكّم الذي يرشحه، ويطلب من المحتكَم ضده أو الجهة ذات الاختصاص تعيين المحكم الثاني خلال مدة معينة [٤]، وتظهر أهمية هذه البيانات في:

**أولاً:** إضفاء صفة الرسمية على لائحة الدعوى لتجعلها تقع في حيز المطالبة القانونية بعد ذلك، وتحديد المراكز القانونية للأشخاص الذين تعلق بهم موضوع النزاع[٥]، وهذا الأصل مستفاد مما ذهب إليه الفقهاء من أن الدعوى لا تصح إلا إذا رفعها خصم له شأن على خصم له شأن [٦] كأن يكون أحدهما معتدى عليه في حقه والآخر معتدياً، ولا يصح النظر في قضية من القضايا حتى

---

[1] جمال، مصطفى محمد و عبد العال، عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية، ص: ٣٢٢ وما بعدها.

[2] البابرتي، العناية شرح الهداية،ج/١١، ص: ٢٥٣، العبدري، التاج والإكليل، ج/٦، ص: ١١٠-١١١، الرملي، حاشية الرملي، ج/٤، ص: ٣١١.

[3] * ويُقصد بالدعوى: " قول مقبول عند القاضي يعدُّ به قائله في الشرع طالباً حقاً قِبَلَ غيره، أو دافعاً عن حق نفسه غير حجة " ابن الغرس، المجاني الزهرية على الفواكه البدرية، وفي شرحه للتعريف يقول: قولنا: ( يعد به قائله في الشرع طالباً ) فصل عن الشهادة، فإنها وإن كانت قولاً مقبولاً عند القاضي، إلا أن الشاهد لا يعد بذلك في الشرع طالباً، وقولنا ( أو دافعاً عن حق نفسه ) إنما هو لدخول دعوى المعارضة، فالمدعي في المعارضة لا يطلب حقاً عند غيره وإنما يطلبه دفعاً عن حقه، وقولنا ( غير حجة ) صفة للقول وهو فصل عن يمين الاستحقاق، فإنه قول مقبول عند القاضي يعد به قائله طالباً حقاً ولكنه حجة فلا بد من إخراجه من تعريف الدعوى. أ.هـ، ص: ٨٦ – ٨٨.

* ويقصد بسبب استحقاق الدعوى: السبب المنشيء للحق، والذي يولد الحق بعنصريه: المصلحة المادية والأدبية، والحماية القانونية لتلك المصلحة، وهو تلك الواقعة القانونية المنشئة للحق من عقد أو إرادة منفردة أو فعل ضار أو إثراء بلا سبب أو نص قانوني.أ.هـ ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى، ص: ١٦٧

[4] حداد، حمزة، التحكيم في القوانين العربية، ص: ٢٧٧، وهذا الترتيب للبيانات على غرار تحرير صحيفة الدعوى لدى المحاكم القضائية، أنظر: أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، ص: ٤٨٦ وما بعدها.

[5]: أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، ص: ٤٨٦.

[6] الكاساني، بدائع الصنائع، ج/ ٦،ص: ٢٢٤، القيرواني، الثمر الداني، ج/ ١، ص: ٦٠٤، النووي، روضة الطالبين، ج/ ١٢، ص: ٧-٨، ابن قدامة، الشرح الكبير، ج/١١، ص: ٤٢٢-٤٢٣.

يطلب ذلك صاحب الحقّ المعتدى عليه، وهذا هو معنى قول الفقهاء: (المدعي لا يجبر على الخصومة)[١].

**ثانياً:** البيان لازم لقطع مهلة التقادم أو مهلة السقوط بمجرد الاستحضار أو الاستدعاء[٢]، ويقصد بالتقادم: مرور الفترة الزمنية التي يترتب عليها سقوط الحق أو اكتساب الحق، لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهراً، كما أن فائدة النهي عن السماع بعد هذه المدة إرادة قطع الحيل والتزوير هذا عند إنكار الحق، ولكن ينبغي التنبه إلى أن مرور الزمن لا يثبت حقاً للطرف الذي يريد الاستفادة منه، فلذلك إذا رُدَّت دعوى دائن بسبب وقوع التقادم، يبقى المدعى عليه مديناً للمدعي، ويكون قد هضم حق المدعي [٣].

**ثالثاً:** تهيئة الفسحة الزمنية للمدعى عليه ليتمكن من إعداد وسائل دفاعه، ومن استعمال الروية في تحضير ما يراه مناسباً عند مباشرته في اتخاذ الإجراءات، وليكون هذا الإمهال حجة على المدعى عليه، في أنه إذا امتنع عن الجواب عدّ متمادياً أو ناكلاً، وأنه بهذا الامتناع غير المبرر قد أقر بحق الطالب [٤].

**رابعاً:** حصول الأمن من الزيادة والنقصان في جواب المدعى عليه، فيمكن الرجوع إليه عند مساس الحاجة، فقد يأتي المدعى عليه بجواب لا يتفق مع المدعى به أو مع طلب المدعى عليه، فيكون البيان أماناً لما قد يطرأ من الزيادة والنقصان من أحد الطرفين [٥].

كما ينبغي أن يكون الحق المدعى به معلوماً[٦]، بحد يُخرج المدعى به عن الجهالة وهذه مسؤولية المدعي، وليست مسؤولية هيئة التحكيم أو هيئة القضاء البحث والتنقيب عن حدود الشيء المدعى به، فكل مدّعٍ مكلف بتفصيل دعواه، فإن لم يفعل عدت دعواه غير صحيحة، وبالتالي غير منتجة لآثارها[٧]، ولكن هل يشترط في ادعاء المحتكِم أن يذكر سبب استحقاقه الحق للمدعى به لتكون دعواه صحيحة؟

يفرق الفقهاء في هذه المسألة بين أن يكون الحق المدعى به عقاراً أو منقولاً، عيناً أو ديناً:

---

[1] ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى، ص: ٤٣٦.

[2] أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، ص: ٤٨٦

[3] ابن الغرس، المجاني الزهرية على الفواكه البدرية، ص: ١٠٨-١٠٩، وانظر: حيدر، علي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج/٤، ص: ٢٦٩

[4] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج/ ١، ص: ٤٢. الماوردي، أدب القضاء، ج/٢، ص: ٣٢٤.

[5] برهان الدين مازة، المحيط البرهاني، ج/ ٣، ص: ٢٥٢٩.

[6] المقصود **بعلم المدعى به:** تصوره أي تميزه في ذهن المدعي والمدعى عليه والقاضي، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج/٤، ص: ١٤٤.

[7] ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى، ص: ٣٤٨.

**المذهب الأول: مذهب الحنفية**

إذا كان المدعى به عيناً ؛ سواءً كان منقولاً أو عقاراً، فلا يلزم حين الادعاء به بيان سبب ملكيته، ويكتفى بذكر حدود العقار بدءاً بالأعم وهو اسم البلدة حتى ينتهي بالأخص وهو حدود العقار، وبإحضاره لمجلس الحكم إن كان منقولاً قائماً، للإشارة إليه في الدعوى والشهادة، أما إذا كان هالكاً صارت الدعوى في الدين وهو القيمة، فيشترط بيان القدر والصفة والنوع والجنس [١].

أما إذا كانت الدعوى في الدين: فيسأل عن سبب وجهة ذلك الدين ؛ يعني أنه يسأل هل هو ثمن مبيع، أو أجرة أو دين من جهة أخرى، كأن يكون قرضاً أو ناشئاً عن غصب أو استهلاك وديعة، والسؤال يكون لسببين: الأول: أن أحكام الديون تختلف باختلاف أسبابها، فإذا كان الدين بسبب السلم فلا يجوز الاستبدال به، ويحتاج إلى بيان مكان الإيفاء فيه، ليقع التحرر عن موضع الخلاف، وإن كان من ثمن بيع جاز الاستبدال به، وبيان مكان الإيفاء فيه، ليس بشرط، وإن كان من قرض لا يجوز التأجيل فيه بمعنى أنه لا يلزم[٢]، وهكذا في بقية أنواع الديون، والثاني: أن أسباب بعض الديون أسباب باطلة، وغير موجبة ثبوت الدين في الذمة فلأجل أن تتضح صحة سبب الدين من عدمه وجب بيان وسؤال السبب، كالحساب مثلاً ؛ لا يكون سبباً للدَّين، فلذلك لو قال المدعي في دعواه: لي في ذمة المدعى عليه من الحساب الذي بيني وبينه كذا ديناراً فلا يصح [٣].

**المذهب الثاني: مذهب المالكية**

يشترط المالكية في صحة سماع الدعوى أن تكون معلومة محققة، واحترزوا بالمعلوم مما لو ادعى عليه بشيء مجهول ولم يذكر سببه، فلا بد في سماع الدعوى من بيان السبب، ويكفي المدعي أن يقول: لي عليه مائة دينار من سلف أو من بيع، ولا يلزمه أن يقول: شراءً صحيحاً،بل هو محمول على الصحيح حتى يتبين خلافه، فإن لم يتنبه المدعى عليه لسؤال المدعي عن السبب الذي ترتب الحق به، فإن الحاكم يقوم مقامه في ذلك وجوبا عليه، ويسأل المدعي عن ذلك السبب، لأمرين: الأول: لاحتمال أن يكون السبب باطلاً في الأصل لا يلزمه بسببه حق، والثاني: أن ذكر السبب يوجد مخرجاً من الحق المدعى به ؛ لاحتمال عدم إيجابه شيئا أصلا كبيع مسلم خمرا أو خنزيرا أو إيجابه أقل من المدعى به كالربا، فإن قال الطالب أو المدعي: لا أعلم السبب أو لا أبينه لم يطالب المدعى عليه بالجواب، أما إن قال: نسيت السبب،

---

[1] برهان الدين مازة، المحيط البرهاني، ج/ ٣، ص: ٢٥٣١-٢٥٣٢، الكاساني، بدائع الصنائع، ج/٦، ص: ٢٢٢، الشرنبلالي، الحاشية على درر الحكام لمنلاخسرو:

[2] برهان الدين مازة، المحيط البرهاني، ج/ ٣، ص: ٢٥٣١، الحصفكي، الدر المختار، ج/٥، ص: ٥٤٧.

[3] حيدر، علي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج/٤، ص: ١٨٤.

قُبل منه، والمقصود من ذكر السبب، أن يسأل عن الحلول والتأجيل والقبض وعدمه [١]، ولم يفرق المالكية بين أنواع الدعاوى في لزوم ذكر السبب فهم يجعلونه شرطاً في صحة استماع الدعوى وبدونه تكون الدعوى غير صحيحة وغير منتجة لآثارها.

**المذهب الثالث: مذهب الشافعية والحنابلة**

لا يشترط الشافعية والحنابلة ذكر سبب الاستحقاق في أي نوع من أنواع الدعاوى سواء كانت في العقار أو المنقول أو الدين، والأصل في صحة الدعوى عندهم أن تكون معلومة بحد يخرج المدعى به عن الجهالة[٢]، إلا ما ذكره الشافعية في دعوى المنقول الذي يكون في الذمة، ويستحق من خمسة أوجه: ثمن، أجرة، قرض، قيمة متلف، وسلم، فهو في هذه الدعوى مخير بين أن يذكر سبب الاستحقاق من أحد هذه الوجوه الخمسة أو لا يذكره، بعد أن يصف ما يدعيه في الذمة بما ينفي عنه الجهالة[٣]، وعدم الحاجة في ذكر السبب يعود إلى تعدد الأسباب وكثرتها مما قد يخفى على المدعي [٤].

وبالنظر إلى كلام الفقهاء في اشتراط ذكر السبب في الدعوى يتبين أن الخلاف بينهم إنما يكمن في التوقيت الذي يبدي فيه المدعي ذكر سبب دعواه، فإذا بدأت المحاكمة وبدأت إجراءات التقاضي بالجواب والدفوع، فإن المدعي سيبدي لا محالة في حال الإنكار سبب دعواه كمستند من مستندات الإثبات، وعليه لا يعدو أن يكون الخلاف بين الفقهاء في الوقت الذي يتطلب إبداء السبب كمستند من مستندات الدعوى، بينما يتفق القانونيون مع المالكية في وجوب ذكر المستندات المتعلقة بالدعوى دون تفصيل فيها، إذ يشترطون ذكر المستندات التي هي وسيلة لحماية الحق سواء كانت الدعوى في عين أو دين في منقول أو عقار[٥]، وهو ما نصت عليه مواد

---

[1] الخرشي، شرح مختصر خليل، ج/٧، ص: ١٥٤، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج/١، ص: ١٤١، محمد عليش، منح الجليل، ج/ ٨، ص: ٣١١.

[2] النووي، روضة الطالبين، ج/١٢، ص: ٨- ١٠، الغزي، أدب القضاء، ق:٩ / أ- ب،( والغزي: هو محيي الدين عيسى بن عثمان ( ت ٧٩٩هـ) من فقهاء الشافعية وله كتاب: التعليق على المهمات، وكتاب المهمات على الروضة للأسنوي، وهذه المخطوطة مكونة من ٧٦ ورقة نسختها حسنة، ومحفوظة بجامعة الرياض )، البهوتي، كشاف القناع، ج/٦، ص: ٣٤٥- ٣٤٦،

[3] الماوردي، أدب القاضي، ج/٢،ص: ٣٣٣.

[4] الهيتمي، الفتاوىالفقهية الكبرى، ج/٤، ص:٣٦٣، ٣٦٤، المرداوي، الإنصاف، ج/١١، ص: ٢٨١.

[5] أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، ص: ١٤٦ وما بعدها.

القانون النموذجي (اليونسترال)، التي اعتبرت أن أي مستند له صلة بموضوع النزاع وجب بيانه من قبل المدعي، أو الإشارة إليه بنية العزم على تقديمه للجنة التحكيم[1]، فيما لم تشترط المعايير الشرعية ذكر سبب الدعوى مكتفية بالإشارة إلى موضوع الدعوى على سبيل الإجمال، إلا أن يطلب المحكم بعد بدء الإجراءات الوثائق والمستندات المتعلقة بموضوع النزاع أو صوراً عنها، بعد مقارنتها بأصولها مع اطلاع الطرفين عليها لإبداء الرأي فيها[2]، متفقة بذلك مع رأي الشافعية والحنابلة من الفقهاء، ويتقيد المحكم بطلبات الخصوم، فليس له أن يحكم في غير هذه الطلبات، أو أن يتجاوز حدودها بأن يغير مضمونها أو يستحدث طلبات جديدة لم يطرحها عليه الخصوم، فيقضي بأكثر مما طلب منه، كما أنه ليس للمحكم أن يصدر في حكمه عن سبب غير سبب الطلب الذي قدم له، لأن تصرف المحكم يقتصر فيما تتصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم [3].

ومن الناحية العملية يتم طرح النزاع على هيئة التحكيم بقيام الطرفين أو قيام أحدهما بإرسال الأوراق والمستندات المتعلقة بالنزاع إلى هيئة التحكيم أو إلى مؤسسة أو مركز التحكيم الدائم الذي عهد إليه بالتحكيم، وغالباً ما تعد الهيئات وثيقة نموذجية يوقع عليها الطرفان، بحيث يكون توقيعهما إيذاناً بافتتاح إجراءات التحكيم [4].

## المطلب الثاني: مكان التحكيم واللغة المعتمدة

الأصل أن لا يتقيد التحكيم بمكان معين كما هو الحال بالنسبة للقضاء، ويعود ذلك إلى الفرق بين طبيعة التحكيم المستقل وطبيعة القضاء المرتبط بتنظيم الدولة، إلا أن كتب الفقهاء تذكر

---

[1] ويجب أن يلتزم المدعي بالفترة الزمنية التي تحددها الهيئة لتقديم بيانه، ويمكن أن يعتبر إشعاره بالتحكيم بمثابة بيان دعوى شريطة أن يفي الإشعار بالتحكيم بالتفاصيل التي يجب أن يضمنها لطلب الدعوى، والمتمثلة: ببيان أسماء الأطراف والبيانات اللازمة للاتصال بهما، والوقائع المؤيدة للدعوى، ونقاط الخلاف، والتدبير المطلوب للإنصاف أو لتصحيح وضع معين، والأسس والحجج القانونية المؤيدة للدعوى، كما ويرفق ببيان الدعوى نسخة من أي عقد أو صك قانوني آخر نشأت المنازعة عنه أو بشأنه، ونسخة من اتفاق التحكيم. القانون النموذجي ( اليونسترال)، المادة: ( ٢٠ / ١ – ٤ ).

[2] أنظر: المعايير الشرعية، المواد: ٩/ ٢، ١٠ / ٣، ص: ٥٢٠ –٥٢١.

[3] والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٣٠٢.

[4] جمال، مصطفى محمد و عبد العال، عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية، ص: ٦٢٠–٦٢١، أحمد أبو الوفا،عقد التحكيم وإجراءاته،ص: ٢٣٨– ٢٣٩.

أهمية اختيار المكان المناسب لمجلس القضاء ومجلس فضّ الخصومات بأن يتوفر فيه مواصفات محددة [١]، مثل:

**أولاً:** أن يكون مجلس الحكم واقعاً في نطاق ولاية القاضي؛ لأن القضاء يتقيد بالزمان والمكان، فلا يجوز للقاضي تجاوز حدود اختصاصه وإلا فقد الحكم حجيته.

**ثانياً:** أن يكون الحكم في وسط البلد إن أمكن، وذلك ليستوي أهل البلد في الذهاب إليه، وذلك لرفع المشقة عن الناس إذا كان في طرف البلد لابتعاده عنهم.

**ثالثاً:** أن يكون فسيحاً رحباً لئلا يتأذى الخصوم والقاضي من ضيق المكان.

**رابعاً:** أن يكون بارزاً ظاهراً، ليعرفه كل الناس، دون حاجة إلى البحث والتنقيب عن مكانه إذا كان بين الدور والمتاجر.

**خامساً:** أن يكون موضع المجلس لائقاً من الناحية الصحية، فلا يكون بقرب مكان يبعث روائح كريهة أو دخاناً لئلا يشغل القاضي أو يتأذى هو والخصوم.

**سادساً:** واختلفوا في حكم اتخاذ المسجد محلاً للقضاء في الخصومات على قولين:

**القول الأول:** وهو ما ذهب إليه جمهور العلماء من الحنفية[٢] والمالكية[٣] والحنابلة[٤] وقول في المذهب الشافعي نقله الإمام النووي[٥] من جواز اتخاذ المسجد محلاً للقضاء وفض الخصومات ؛ لما ورد عن النبي – صلى الله عليه وسلم – وعن الصحابة من أنهم حكموا في المساجد في الكثير من الحوادث التي لا يسع مجال البحث لذكرها، ولما للمسجد من حرمة فهو محل التواضع والإخبات، ومقر لتساوي العموم وذوي المواضع.

**القول الثاني:** وهو ما ذهب إليه الشافعية [٦] في الراجح عندهم من كراهة اتخاذ المساجد مجالس لفصل الخصومات، لخصوصية هذا المكان للعبادة والذكر لقول الحق عز وجل: {فِي بُيُوتٍ أَذِنَ اللَّهُ أَنْ تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا اسْمُهُ يُسَبِّحُ لَهُ فِيهَا بِالْغُدُوِّ وَالْآصَالِ} [النور: ٣٦]، ولما يعارض حرمة المساجد ذلك اللغط والصراخ الناشيء عن الخصومات، والمعاصي المتحصلة من اليمين الغموس والكذب في الدعاوى، ولما قد يسبب من دخول المشرك كطرف في الخصومة

---

[1] برهان الدين مازة، المحيط البرهاني، ج/ ٣، ص: ٢٥٢٥، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج/١، ص: ٣١، النووي، روضة الطالبين، ج/١١،ص: ١٣٨، الماوردي، أدب القضاء، ج/ ٢، ص: ٢٤٣، البهوتي، الروض المربع، ج / ٣، ص:٣٨٨– ٣٨٩، وانظر تفصيل المسألة: عبد الناصر أبو البصل، نظرية الحكم القضائي، ص:٣٧٧ وما بعدها.

[2] السرخسي، المبسوط، ج/١٦، ص:٨٢– ٨٣، المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج/٣،ص:١٠٣.

[3] العبدري، التاج والإكليل، ج/٦، ص: ١١٤، الدسوقي، الحاشية، ج/٤، ص: ١٣٧– ١٣٨.

[4] البهوتي، الروض المربع، ج / ٣، ص:٣٨٨– ٣٨٩، ابن قدامة، المغني، ج/ ١٠، ص: ٦٩.

[5] النووي، روضة الطالبين، ج/١١،ص: ١٣٨.

[6] الشربيني، مغني المحتاج، ج/ ٤، ص: ٣٢٣، الماوردي، الحاوي الكبير، ج/١٦، ص: ٣٠

والحائض والصبيان وغير ذلك من المخالفات غير اللائقة بمكانة المسجد وهيبته التي لأجلها وضعت في الأرض.

ولا ريب أن اختيار المكان المناسب لمجلس الحكم وفض الخصومات يتبع العرف في كل زمان ومكان، ولعل التنظيمات الإدارية التي اتخذتها الدول والحكومات يسرت أمر اتخاذ مجالس ودور خاصة لاستقبال الخصوم والقضاء بينهم، منسجمة بذلك مع تلك الأدبيات التي حثت عليها شريعتنا الغراء ومحافظة على هيبة مجالس الحكومات وتنظيم شؤون الخصوم، كما أن اتساع رقاع الدول والتعدد في أشكال واختصاصات الدعاوى جعل من غير المعقول في عصرنا الحالي اتخاذ المسجد مكاناً للحكم وفض الخصومة، والمنع في ذلك جاء منسجماً مع مذهب الإمام الشافعي، وفيه سد لذريعة التخريب وإثارة الفوضى في دور الله التي تتخذ جانب الحرمة والقداسة ولا تتناسب مع واقع الخصومات التي نشهدها في العصر الحالي، إلا أن العلماء لم يذكروا إلزاماً باختيار مكان محدد لفض الخصومات والحكم، إلا ما ذكروا بشأن التقييد بولاية البلد بالنسبة للقضاء،في عدم نفاذ حكمه خارج حدود ولايته، فيلزمه أن يتقيد بالمكان الذي تم توليته فيه، فلو ذهب إلى مكان آخر غير حدود المحلة التي تتبع دائرة قضائه كان معزولاً عن الحكم خارج بلدته في تلك القضية ولا يصح حكمه [1].

أما بالنسبة للمحكم فإن حدود الحكم يظهر في الفرق بين أن يكون مجلس التحكيم قد عقد في بلد الخصومة أو خارجها، ولكن ليست ثمة ما يستوجب أن يكون التحكيم في مكان معين، فقد يكون في موطن أو مكتب أكبر المحكمين سناً، وإذا كانوا من المحامين أو من المهندسين ففي مكتب أقدمهم، فهو أمر اتفاقي يخضع ابتداءً لرغبة أطراف النزاع، فلهم الحرية في اختيار مكان التحكيم، فإذا لم يتفق الأطراف على مكان معين تولّت الهيئة تعيين مكان التحكيم، ويحسن أن تراعي الهيئة عند ذلك ظروف الدعوى، واختيار المكان الأكثر ملاءمة لأطراف الدعوى، كأن يكون المكان قريباً من الخصوم وممثليهم، وقريباً من الشهود أو الخبراء، مما يشجعهم على الإدلاء بشهادتهم، وقريباً من محل النزاع لتيسير معاينته إن لزم الأمر، فإذا اتفق الأطراف أو حددت الهيئة محلاً لانعقاد جلسات التحكيم وجب احترام هذا الاتفاق من جميع الإطراف، وتبرز أهمية تحديد مكان التحكيم في كونه المكان الذي يصدر فيه الحكم، ويتحدد وفقاً له ما إذا كان التحكيم وطنياً أو دولياً، وعلى الرغم من أن بعض القوانين توجب ذكر مكان التحكيم، وتعده شرطاً في الاتفاق، إلا أن الاتجاهات الغالبة من فقهاء القانون لا يعدون ذلك على سبيل الإلزام،

---

[1] الحصكفي، الدر المختار، ج/٥، ص: ٣٦٢، الهيتمي، الفتاوى الفقهية الكبرى،ج/ ٤، ص: ٢٩٠.

مادامت القواعد الوطنية الخاصة بالتحكيم لا تطبق أصلاً إلا على التحكيم الذي يجري داخل الدولة كقاعدة عامة، فالأصل أن الحكم الذي لم يذكر فيه مكان صدوره يفترض أنه صدر داخل أراضي الدولة، وعلى من يدعي العكس إثبات ذلك، فعدم ذكر مكان التحكيم لا يعيب الحكم ولا يعد سبباً صحيحاً للطعن [١].

ومثل ذلك يقال بالنسبة للغة التي تتم بها إجراءات التحكيم، فإن اختيار لغة معينة لا يعد له أثر في تحديد طبيعة التحكيم وما إذا كان سيعتبر التحكيم أجنبياً أو غير أجنبي [٢]، فللطرفين حرية الاتفاق على اللغة أو اللغات التي تستخدم في إجراءات التحكيم، فإن لم يتفقا على ذلك بادرت هيئة التحكيم إلى تعيين اللغة أو اللغات التي تستخدم في هذه الإجراءات، ويسري هذا الاتفاق أو التعيين على أي بيانات كتابية أخرى، وأي مرافعة شفوية، وأي قرار تحكيم، أو أي بلاغ آخر مُصدر من هيئة التحكيم، ويجوز لهيئة التحكيم أن تأمر بأن تكون أي وثائق مرفقة ببيان الدعوى أو بيان الدفاع، وأي وثائق أو مستندات تكميلية تُعرض في سياق الإجراءات، مقدمة بلغتها الأصلية، مشفوعة بترجمة إلى اللغة أو اللغات التي اتفق عليها الأطراف أو حددتها هيئة التحكيم[٣].

وفي ذلك إشارة أن الإلزام يسري بالنسبة لأولية الاتفاق حيث لا يصح مخالفة اللغة التي تم الاتفاق عليها فيما بعد، إلا أن بعض الاتجاهات القانونية جرت نحو اعتبار اللغة من النظام العام، وبالتالي ليست خاضعة لاتفاق الأطراف، وقد نص على ذلك القانون السعودي صراحة: " أن اللغة العربية هي اللغة الرسمية التي تستعمل أمام هيئة التحكيم سواء في المناقشات أو المكاتبات، ولا يجوز للهيئة أو أطراف النزاع وغيرهم التكلم بغير اللغة العربية، وعلى الأجنبي الذي لا يستطيع التكلم بالعربية اصطحاب مترجم موثوق به يوقع معه في محضر الجلسة على الأقوال التي نقلها "[٤]، بينما نجد أن غالبية القوانين لا تنص على لغة التحكيم في إجراءات التقاضي، مما يعني أنها لا تعد عندهم من النظام العام، حتى لو كان التحكيم داخلياً أو وطنياً بحتاً، ما دام لا يوجد نص خاص بذلك، إذ أصبحت بعض اللغات الأجنبية دارجة في الدول العربية بالنسبة لكثير من العقود والمراسلات بشأنها، وخاصة عقود الإنشاءات والنفط ومشتقاته، والتنقيب عن

---

[1] أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ص: ٢٤٢، القانون النموذجي، اليونسترال، المادة ( ١٨ / ١ – ٢)، والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص:٣١٣، حداد، حمزة، التحكيم في القوانين العربية، ص: ٣٦٢ – ٣٦٣.

[2] أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ص: ٢٤١.

[3] القانون النموذجي، اليونسترال، المادة: (١٩ / ١ – ٢ ).

[4] قانون التحكيم السعودي، اللوائح التنفيذية، المادة: (٢٥ )، انظر: حداد، حمزة، التحكيم في القوانين العربية، ص: ٣٠١.

الثروات، وغالباً ما تحيل هذه العقود في تسوية المنازعات للتحكيم مع النص (بالاتفاق المسبق ) على أن تكون لغة التحكيم هي اللغة الأجنبية المحرر بها العقد، وأن مكان التحكيم هو الدولة العربية التي سينفذ فيها العقد[1]، وعليه فإن الإصرار على إجراء التحكيم باللغة العربية فقط لا يتجه مع التنوع الذي نجده في العقود المختلفة والتي قد تؤدي بطبيعة الحال إلى عدم إقبال الشركات أو المؤسسات المالية إلى اللجوء للتحكيم العربي واستبداله بالتحكيم الأجنبي، ثم إنه لا يمنع إذا كان أحد الأطراف أجنبياً أو أحد الشهود لغته فرنسية مثلاً وكانت لغة التحكيم بالعربية أو الإنجليزية لا يمنع ذلك من الاستماع له ومناقشته واستجوابه وإحضار مترجم أو تقديم ترجمة للمستندات بلغة التحكيم، ولكن السؤال الذي يرد في هذا المقام: هل يعتبر قول المترجم من باب الشهادة أم من باب الخبر؟ وإن قلنا أنه من باب الشهادة فهل يشترط فيه العدد؟؟ وقع خلاف بين العلماء في اتخاذ المترجم عن المدعي أو المدعى عليه أو أي طرف في الخصومة، هل يعد قوله من باب الشهادة أو الإخبار على قولين:

**القول الأول:** وهو ما ذهب إليه الحنفية[2] والمالكية[3] من أن الترجمة خبر والمترجم مخبر، فإذا اختصم إلى الحاكم خصوم يتكلمون بغير العربية ولا يفقه كلامهم ينبغي أن يترجم عنهم ثقة عدل مأمون مسلم، والاثنان أحب وأحوط، إلا أن الواحد يكفي لأنه من باب الإخبار، كما يصح أن تكون المترجمة امرأة موثوقة، إذا ماتوفر المترجم من الرجال [4].

**القول الثاني:** وهو ما ذهب إليه الشافعية[5] والحنابلة[6] ومحمد من الحنفية[7] من أن الترجمة شهادة، فإذا كان أحد الخصوم أعجمياً وجب أن يتخذ الحاكم من يترجم له كلام الخصوم أو دعواهم أو ردهم؛ ولأن المترجم كالشاهد لا يجزيء أقل من ترجمانين اعتباراً بالشهادة لما في الترجمة من إثبات لما لم يعلمه ليجبر على الحكم، وخالف معنى الخبر الذي يستوي فيه المُخْبِرُ

---

[1] حداد، حمزة، التحكيم في القوانين العربية، ص: ٣٠٢ – ٣٠٣.

[2] السرخسي، المبسوط، ج/١٦، ص: ٨٩، الشيخ نظام وآخرون، الفتاوى الهندية، ج/ ٤، ص: ٢

[3] الخرشي، شرح مختصر خليل، ج/ ٧، ص: ١٤٩، القرافي، الذخيرة، ج/١٠،ص:٦٢.

[4] السرخسي، المبسوط، ج/١٦، ص: ٨٩، الشيخ نظام وآخرون، الفتاوى الهندية، ج/ ٤، ص: ٢، الخرشي، شرح مختصر خليل، ج/ ٧، ص: ١٤٩، القرافي، الذخيرة، ج/١٠،ص:٦٢

[5] الشربيني، مغني المحتاج، ج/٤، ص:٣٨٩، أبو العباس الرملي،ج/٤، ص: ٢٩٥– ٢٩٦، الماوردي، الحاوي الكبير، ج/٧، ص: ٨٤، ٨٥.

[6] البهوتي، الروض المربع،ج/ ٣، ص:٤٠١، ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج/ ١٠، ص: ٨٨

[7] *واختار محمد من الحنفية أنه يشترط في المترجم لكلام الخصم أو لشهود الشاهدين ما يشترط في الشهادة من العدد وذلك رجلان أو رجل وامرأتان فمحمد رحمه الله يقول ما لم يفهم القاضي فكأنه لم يسمعه ومعنى هذا وهو إنه إنما يسمع من المترجم لأنه يفهم قول المترجم وعليه ينبني الحكم فكانت الترجمة في حقه بمنزلة الشهادة، السرخسي، المبسوط، ج/١٦، ص: ٨٩

والمُخْبَرُ[1]، إلا أنهم اختلفوا بعد ذلك هل يقدم الترجمة بلفظ: أشهد، على قولين عند الشافعية والحنابلة[2]، ولم يشترط محمد من الحنفية لفظة الشهادة لأن اشتراط ذلك في الشهادة ليس لمعنى الإلزام؛ بل هو ثابت بالنص بخلاف القياس أو لمعنى الزجر عن الشهادة بالباطل، فقوله أشهد بمنزلة قوله أحلف، ولهذا أعظم الوزر في شهادة الزور كما في اليمين الغموس، والمدعي هو الذي يأتي بالشهود فلمكان احتمال المواضعة والتلبيس بينهم اشترط لفظة الشهادة، وأما المترجم بحيازة القاضي فينعدم في حقه مثل تلك التهمة؛ فلهذا لا يشترط في حقه لفظة الشهادة [3].

أقول: والناظر في أقوال الفقهاء يجد أن الأساس الذي اعتمده أصحاب القول الأول وهم الحنفية والمالكية يقوم على ابتداء اتخاذ معاون للقاضي يسمى بالترجمان، وأن وظيفته تقوم على أساس تقديم إخبار صحيح لقول الخصم أو أي من أطراف الخصومة غير الناطق بالعربية، واحتاطوا لجانب الثقة في أقوال الترجمان، بالتشديد في الصفات أو الأهلية الوظيفية التي تسمح بكون هذا الترجمان معاوناً للقاضي، ولذلك اشترطوا الإسلام والعدالة والحرية وغيرها من الصفات التي ينبغي أن تجعل من هذا المخبر محل ثقة سينبني على كلامه حكم القاضي وبالتالي حقوق الأفراد، ثم استحبوا أن يكون العدد كالشهادة لنفس المعنى الذي قصدوه، بينما اعتبر أصحاب القول الثاني وهم الشافعية والحنابلة الذين صنفوا المترجم بكونه شاهداً أن الاحتياط لما قد يؤول إليه حكم القاضي فيما بعد هو اعتبار إجراءات الشهادة في ترجمة كلام غير العربي، ولذلك اشترطوا العدد واشترطوا اللفظ بالشهادة، والنتيجة التي يتفق فيها القولان أن الاحتياط لقول المترجم ضروري، لأنه سينبني عليه حكم القاضي؛ ولأنه سيؤدي إلى ضياع الحقوق إن كانت الترجمة المقدمة غير صحيحة، فاتفق الفقهاء بذلك على الأصل وهو وجوب اتخاذ جانب الحيطة والحذر، ثم اختلفوا في كيفية تطبيق ذلك كما رأينا في الاحتياط السابق في اتخاذ الشروط الدقيقة في معاون القاضي، أو في اتخاذ إجراءات الشهادة كضبط احترازي لمضمون الترجمة، ويوافق القانونيون الشافعية والحنابلة في اعتبار المترجم شاهدا،إلا أنهم لا يشترطون العدد، وحسب القواعد العامة في الإجراءات، يجب على خبير الترجمة أن يحلف اليمين أمام القاضي أو المحكّم، وليس بالضرورة ترجمة جميع المستندات المقدمة بغير لغة العقد، وإنما يكفي ترجمة المستندات التي لها أثر في الحكم، ولو كان هناك مستند له مثل هذا الأثر، لا يشترط ترجمته

---

[1] الماوردي، الحاوي الكبير، ج/٧، ص: ٨٤، ٨٥.

[2] الشربيني، مغني المحتاج، ج/٤، ص: ٣٨٩، الماوردي، أدب القضاء، ج/١، ص: ٦٩٨– ٦٩٩،ابن أبي الدم، أدب القضاء، ج/١، ص: ٣٣٠ – ٣٣٢، المرداوي، الإنصاف، ج/ ١١، ص: ٢٩٤، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج/٣، ص: ٥٢٢

[3] السرخسي، المبسوط، ج/١٦، ص: ٨٩–٩٠.

كاملاً، بل يكفي تقديم ترجمة البند أو البنود التي لها صلة بموضوع النزاع، وكل ذلك يترك تقديره للمحكّم [1].

## المطلب الثالث: نظام الجلسات وتدوين الوقائع

يجري تنظيم جلسة التحكيم عادة على غرار تنظيم جلسة القضاء، ولا يعني ذلك إلزامية السير في نظام الجلسة التحكيمية وفق إجراءات التقاضي، لأن الإجراءات اتفاقية في تنظيمها، إلا ما يتعلق منها بالنظام العامّ، ولم يصرح الفقهاء بتفصيل الكيفيات التي تنعقد بها جلسة التحكيم، ولكن القياس يقتضي أن يكون لهيئة التحكيم الأخذ بجميع طرق الحكم المقبولة قضاءً، ووصولاً إلى العرف الحديث في التنظيمات القضائية يتبين أن نظام الجلسات التحكيمية يقوم على عدة مباديء أبينها في الفروع التالية:

### الفرع الأول: مبدأ المواجهة بين الخصوم

الأصل أن تصدي المحكم للمهمة التحكيمية يجعله مأموراً وفق العلاقة التي نشأت بينه وبين الخصوم من اتباع المباديء التي يقوم عليها الحكم من توخي العدل في إدارته لإجراءات التحكيم بين الخصوم، ولعل النصوص الشرعية بين الترغيب والترهيب قد أرست قاعدة العدل أساساً لتلقي مهمة الفصل بين الخصوم [2]، ويتناسب في مهمة المحكّم معنيان من معاني العدل:

**الأول: العدل بمعنى المساواة،** بأن يراعي العدل والمساواة في المعاملات المتعلقة بجلسة التحكيم، كإجلاس الطرفين، وإحالة النظر، وتوجيه الخطاب إليهما، ولو كان أحدهما من الأشراف والآخر من آحاد الناس، أو كان أحدهما أباً والآخر ولده، أو كان أحدهما مسلماً والآخر

---

[1] حداد، حمزة، التحكيم في القوانين العربية، ص: ٣٠٤ – ٣٠٥، القانون النموذجي، اليونسترال، المادة: ( ١٩ / ٢ ).

[2] جاء في تبصرة الحكام: "واعلم أن كل ما جاء من الأحاديث التي فيها تخويف ووعيد فإنما هي في قضاء الجور للعلماء أو الجهال الذين يدخلون أنفسهم في هذا المنصب بغير علم ففي هذين الصنفين جاء الوعيد وأما قوله صلى الله عليه وسلم:" من ولي القضاء فقد ذبح بغير سكين " فقد أورده أكثر الناس في معرض التحذير من القضاء، وقال بعض أهل العلم: هذا الحديث دليل على شرف القضاء وعظيم منزلته وأن المتولي له مجاهد لنفسه وهواه وهو دليل على فضيلة من قضى بالحق إذ جعله ذبيح الحق امتحانا لتعظم له المثوبة امتنانا فالقاضي لما استسلم لحكم الله وصبر على مخالفة الأقارب والأباعد في خصوماتها فلم تأخذه في الله تعالى لومة لائم حتى قادهم إلى مر الحق وكلمة العدل وكفهم عن دواعي الهوى والعناد جعل ذبيح الحق لله وبلغ به حال الشهداء الذين لهم الجنة أ.هـ، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج/ ١، ص:١١.

ليس بمسلم، فإذا راعى المحكّم المساواة التامة فلا يأمل الشريف ميله، ولا يخاف الضعيف جوره، فعندئذ يكون قد أدى حقوق الخصومة من هذا الجانب[١]، كما أنه ليس للمحكّم أن يشير على الخصوم برأيه أو يفتي أحد الطرفين في المسألة التي يتخاصمان بها، بأن يقول لأحدهما: ادّعِ كذا، أو أطلب كذا [٢]، أو أن يلقن أحد الخصمين حجّته، لأن فيه مكسرة لقلب الآخر فيضعف عن الدفاع عن نفسه، ولأن فيه إعانة أحد الخصمين فيوجب التهمة في حقّ المحكّم، والتهمة يُتحرز عنها ما أمكن هذا عند الحنفية [٣]، وقال المالكية: إذا كان تلقين الخصوم بأن يلقنه من الحجة ما يستعين به على خصمه بغير حق فلا يصح، وأما ما يثبت به حقه من ذلك فليس بمانع من القبول [٤]، يعني أن الخصم إذا عجز عن إلقاء حجته لموجب من دهش أو خوف أو عمى فإن للقاضي أن يلقنه حجته ولا حرج ولا إثم عليه في تلقينه إياها وإنما يمتنع تلقين الفجور [٥]، ولا يصح أن يفتي الحاكم في الخصومات، ذلك أن إفتاءه في موضوع الخصومة يعين الخصم على الفجور، كما أن الخصوم إذا عرفوا مذهب الحاكم تحيّلوا في التوصل إلى مذهبه أو الانتقال عنه [٦].

وذكر الماوردي عن الإمام الشافعي: أنه قال: " لا ينبغي أن يلقن واحدا منهما حجة " يعني من الخصمين، لأنه يصير بالتلقين ممايلاً له وباعثاً على الاحتجاج بما لعله ليس له، فأما إن قصر المدعي في الدعوى ولم يستوفها، سأله عما قصر فيه، ليتحقق به الدعوى، فإن لقنه تحقيق الدعوى، فقد اختلف الشافعية فيه، فجوزه بعضهم لأنه توفيق لتحقيق الدعوى، وليس بتلقين للحجة، ومنع منه آخرون، لأنه يصير معيناً له على خصمه، وقال له: إن حققت دعواك سمعتها، وإلا صرفتك حتى يتحقق لك، فإن قال له: استعن بمن ينوب عنك فإن أشار بذلك إلى الاستعانة في الاحتجاج عنه لم يجز، وإن أشار به إلى الاستعانة في تحقيق الدعوى جاز ولا يعيّن له على

---

[1] انظر: الخصاف، أدب القاضي،ج / ١، ص: ٣٤٢-٣٤٣، حيدر، علي، مجلة الأحكام العدلية، ج/٤، ٥٤٠، العدوي المالكي، حاشية العدوي،ج/ ٢، ص: ٤٣٩-٤٤٠، الأقفهسي، ابن العماد، توقيف الحكام، ص: ٣٥٠-٣٥٣، المليباري، فتح المعين بشرح قرة العين، ج/ ٤، ص: ٢٢٦، ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج/ ١٠، ص:٣٤، البهوتي، شرح منتهى الإرادات،ج/ ٣، ص:٥١٢.

[2] حيدر، علي، مجلة الأحكام العدلية، ج/٤،ص: ٥٤٠

[3] الكاساني، بدائع الصنائع، ج/٧، ص: ١٠، ابن أبي اليمن، لسان الحكام في معرفة الأحكام، ص: ٢١٩.

[4] الخرشي، شرح مختصر خليل، ج/٧، ١٩٣.

[5] ابن أحمد أبو عبدالله، شرح ميارة الفاسي، ج/١، ص: ٤٥، " وقال اللخمي: قال أشهب له أن يشد على عضد أحدهما إن رأى ضعفه عن صاحبه وخوفه منه ببسط أمله ورجاه في العدل أو يلقنه حجة عمي عنها إنما يمتنع تلقين أحدهما الفجور،وإذا قال أحد الخصمين مقالة ينتفع بها صاحبه فينبغي للقاضي أن يقول هات قرطاسا أكتب لك فيه مقالة وينبهه على ذلك إن غفل عنه ولو لم يطلبه.أ.هـ، المرجع السابق، وقال المعداني في حاشيته على الشرح والتحفة:" فظاهره الوجوب ولو كان الخصم غير جاهل".أ.هـ: ج/١، ص: ٤٥.

[6] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج/ ١، ص: ٣٣، حاشية المعداني على شرح ميارة والتحفة، ج/ ١، ص: ٤٦.

من يستعين به[1]، وعند الحنابلة: لا يلقنه حجته ولا يأمره بإقرار ولا إنكار لما فيه من الضرر، فإن لم يحسن الدعوى ؛ ففيه وجهان عندهم: أحدهما: لا يجوز له تلقينه كيف يدعي، لأن في تلقينه ما يثبت حقه به أشبه الحجة، والثاني: يجوز، لأنه لا ضرر على الآخر في تصحيح دعواه[2]، وفي كلام الفقهاء بيان لصورة الحياد وإقامة العدل في التسوية بين الخصمين عند نظر الدعوى، وسداً للذرائع الموصلة لتهمته وعدم حيدته، ذلك أن التوضيح من قبل القاضي للخصوم في غير ماهو ممكن له يعد عندهم خرقاً صريحاً لمبدأ الحياد وميلاً لأحد الخصوم على الآخر، والمقصود من دور المحّكم إيصال الحق على أساس العدل، فتسرب التهمة إليه من الجوانب السابقة لا تتفق مع الغاية الأساسية التي قامت عليها مهمته.

**الثاني: العدل بمعنى عــدم الجــور،** وهو إجراء الأمر والحال المستقيم الذي توجبه النفوس والعقول، لأن الأمر بالعدل يقتضي أن يحكم لمن له الحقّ دون تحيّز أو اتباع للهوى في مواجهة الخصوم [3]، ومواجهة الخصوم غايتها الالتزام بالحدّ الأدنى من الأمانة [4] التي دلّ عليها قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ} [الأنفال: ٢٧]، والأمانة تقتضي عدم مفاجأة الخصوم في التصرفات والإجراءات المتعلقة بالخصومة، ومنح الأطراف فرصاً متساوية لإبداء الخصومة وتحقيقها، وإبداء الحجج والدفوع [5]، فلا يصحّ مثلاً لهيئة التحكيم أن تمنح أحد الطرفين ميعاداً لتقديم مذكرة بدفاعه، وتمنح الطرف الآخر ميعاداً أطول أو أقصر، ولا أن تسمح لممثل أحد الطرفين بالمرافعة الشفوية أمامها وتمنع هذا الحق عن الطرف الآخر مكتفية بما قدمه من مذكرة مكتوبة، ولا أن تسمح لأحد الطرفين بالاطلاع على تقرير خبير أو السماح بتوكيل محام أو تتصل بأحد الطرفين أو تقابله في غيبة الطرف الآخر [6]، ويلزم لتحقق مواجهة عادلة بين الخصوم وفق الأمانة الموكل بها أعضاء هيئة التحكيم ما يلي:

---

[1] الماوردي، الحاوي الكبير، ج/١٦، ص:٢٧٨، ابن أبي الــدم، أدب القــضاء، ج/١، ص: ٣٦٣، الأقفهــسي، توقيف الأحكام، على غوامض الأحكام، ص: ٣٥٢.

[2] البهوتي، الروض المربع، ج/٣، ص: ٣٨٩، ابن قدامة، الكافي، ج/٤، ص: ٤٥٦.

[3] حيدر، علي، مجلة الأحكام العدلية، ج/ ٤، ص: ٥٤١.

[4] شحاتة محمد نور، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، ص: ٣٢٥

[5] حزبون، جورج، دور هيئة التحكيم في إجراءات التحكيم الوطني والخاص الدولي، مجلة دراسات، المجلد ٢٨، العدد ٢،٢٠١١، ص: ٤١٠، وانظر: القانون النموذجي ( اليونسترال)، المادة ( ١٧ / ١ ).

[6] والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٣٠٣.

**أولاً: الالتزام بدعوة الخصوم أو تكليفهم بالحضور**

اتفق الفقهاء[1] أن يكون المحكوم له أو عليه حاضراً مجلس الحكم هو أو نائبه باستنابة الشرع ذلك الحاضر عنه، غير أنه إذا ظهر اللدد والتعنت من أحد الخصوم في غيابه جاز النظر في الخصومة وإن ظلّ غائباً[2]، كما اتفقوا على صحة النظر في خصومة يعرضها المدعي وإن كان خصمه غائباً، ليعرف وجهها، فإن وجدها صالحة للنظر فيها استدعى الخصم، وإن وجدها باطلة ردّها، واستراح من عناء النظر فيها، كأن يستبين من كلام المدعي أنه يطلب ما هو محرّم شرعاً، كثمن خمر أو خنزير ونحو ذلك، فيردها [3]، لأن البدء بالمحاكمة بين اثنين ليس بينهما منازعة هو اشتغال بما لا فائدة منه، وبالتالي فإن وجوب حضور المدعي والمدعى عليه بالذات أو إرسال وكيل عنهما مشفوع بسند توكيل مصدّق وفق الأصول مبني على هذا السبب[4]، ويلزم المحكّم إخطار الخصوم بحضور جلسة التحكيم الابتدائية بعد إخطار الهيئة بالطلب من أحد الخصوم بعد مدة محددة،قد تكون متفقاً عليها ابتداء من قبل الخصوم ؛ كأن يتفق الخصوم على أن تكون الجلسة الابتدائية بعد خمسة عشر يوماً من تاريخ رفع الدعوى، وقد لا يكون متفقاً عليها من الخصوم ابتداء وإنما ارتأت اللجنة التحكيمية ميعاداً محدداً بعد رفع الدعوى، على أنه يجب على جميع الأطراف الالتزام بالمواعيد المقررة واحترامها[5]، لقوله تعالى: {إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ} [النور: ٥١]، ومن جهة المحكّم فإن وجود دعوة أو تكليف بحضور جلسة التحكيم لا يكون كافياً لضمان المواجهة بين الخصوم إذا كان هذا التكليف قد تم بعد فوات الميعاد المتفق عليه، أو في وقت متأخر بحيث لا يكون لدى المتقاضي سعة من وقته لإعداد دفاعه [6]، وقد أشار الفقهاء إلى

---

[1] ابن الغرس، المجاني الزهرية على الفواكه البدرية، ص: ٦٤- ٦٥، البابرتي، العناية شرح الهداية، ج/ ١٠، ص:٢٦٣ وما بعدها، الحطاب، مواهب الجليل، ج /٦،ص: ١٣٠، ابن أبي الدم، أدب القضاء، ج/١، ص: ٣٦٠

[2] فصل الفقهاء في **أحكام الغائب** وكيفية سير الدعوى عند الغياب إلى حين صدور الحكم، فذهب الحنفية إلى إبطال القضاء على الغائب البعيد الذي يُعرف مكانه من غير ضرورة، فيما أجاز الجمهور القضاء على الغائب في حقوق العباد دون حقوق الله،إلا أنهم لم يجعلوا للحكم الصادر عنه حجية كما للحكم على الحاضر، فالمالكية –وهم ممن أجازوا الحكم على الغائب بشروط محددة- يرون أن للغائب إذا حضر الحقّ في معارضة بينات المدعي كتجريح الشهود ونحو ذلك، وله أن يقدم دفوعه، فإذا كانت مقبولة نقض بها الحكم السابق، ونقضت آثاره، فإن لم يعترض على الحكم فترة معينة، نفذ الحكم ولم يجز بعد ذلك نقضه.أ.هـ، ياسين، محمد نعيم، حجية الحكم القضائي،ص: ٥٠،وانظر تفصيل المسألة عنده في كتابه: نظرية الدعوى، ص: ٥٢١ وما بعدها.

[3] ابن أبي اليمن، لسان الحكام في معرفة الأحكام، ص:٢٥٠، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج/١،ص:٤٥، انظر: ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى، ص: ٤٥٤

[4] حيدر، علي، أصول استماع الدعوى الحقوقية، ص: ٢٢- ٢٣.

[5] أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ص: ٢٣٩- ٢٤٠، حداد، حمزة، التحكيم في القوانين العربية، ص: ٢٩٥- ٢٩٦

[6] شحاتة محمد نور، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، ص: ٣٢٧.

تحري الأجل المناسب في ضرب الميعاد عند حديثهم عن إمهال الخصوم لإحضار الحجة أو الدفع، وفي ذلك ما قرره عمر بن الخطاب رضي الله عنه: " ثم اجعل له أمداً ينتهي إليه، فإن أحضر بينة أخذ بحقه، وإلا وجهت القضاء عليه، فإن ذلك أجلى للعمى وأبلغ في العذر "[١]، يقول السرخسي: " وفيه دليل على إمهال كل واحد من الخصمين بقدر ما يتمكن من إقامة الحجة فيه حتى إذا قال المدعي بينتي حاضرة أمهله ليأتي بهم فربما لم يأت بهم في المجلس الأول بناء على أن الخصم لا ينكر حقه لوضوحه فيحتاج إلى مدة ليأتي بهم وبعد ما أقام البينة إذا ادعى الخصم الدفع أمهله القاضي ليأتي بدفعه فإنه مأمور بالتسوية بينهما في عدله وليكن إمهاله على وجه لا يضر بخصمه، فإن الاستعجال إضرار بمدعي الدفع وفي تطويل مدة إمهاله إضرار بمن أثبت حقه وخير الأمور أوسطها "[٢]،فتقدير الظروف الشخصية[٣] وتقييمها هو سلطة تقديرية للمحكّم ولا تدخل للقضاء فيها، ومع ذلك فإنه من اللحظة التي يتم فيها دعوة الخصوم إلى التحكيم، فلا يعني امتناعهم عن المثول أمام المحكمين عدم صحة الإجراءات، إذ يجوز لهيئة التحكيم مواصلة الإجراءات وإصدار قرار التحكيم، إن كان قد تبين أن الهيئة قد خاطبت الأطراف وأنهم كانوا على علم كافٍ بسير إجراءات التحكيم، ولم يثبت أن ثمة مخالفة لمبدأ المواجهة بين الخصوم في الجلسة بسبب يرجع إلى المحكم أو إلى أحد الخصوم [٤]، ويُستفاد مما تقدم أن حضور الخصم حقّ من حقوقه لا يصح حرمانه منه، وحكمة ذلك أن يتمكن من الإشراف على إجراءات تتعلق بقضيةٍ هو طرف فيها، وفي حضوره احتياط من طريق آخر وهو التثبت من شخصية خصمه [٥]، وأن ترتفع الجهالة عن تصور المسألة موضوع الخصومة، والدليل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم لعلي بن أبي طالب – كرم الله وجهه: " لا تقض

---

[1] السرخسي، المبسوط، ج/١٦، ص:٦٣.

[2] السرخسي، المبسوط، ج/١٦، ص: ٦٣.

[3] وهي: الموانع أو الأعذار التي تعرض لأحد الخصوم أو الشهود وتمنع من حضور أحد جلسات التحكيم، كالسفر أو المرض، أو أن يكون لديه التزامات تتعارض مع موعد الجلسات المقترحة، علماً بأن أخذ الظروف الشخصية لا يُشكل حقاً يوجب اتباع نتائجه إذا تكررت الأعذار بحيث أصبحت سبباً في شلل إجراءات التحكيم.أ.هـ، حزبون، جورج، دور هيئة التحكيم في إجراءات التحكيم الوطني والخاص الدولي، مجلة دراسات، المجلد ٢٨، العدد ٢،٢٠١١، ص: ٤١٢ وقد بحثه الفقهاء في العذر المانع من الحضور، أنظر: السمناني، روضة القضاة، ج/ ١، ص: ١٧٢.

[4] القانون النموذجي ( اليونسترال )، المادة: ( ٣٠ / ٢ )، وانظر: شحاتة محمد نور، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، ص: ٣٢٥-٣٢٦.

[5] قمحة، أحمد والسيد، عبد الفتاح، شرح لائحة الإجراءات الشرعية، ص: ٢٦٨ – ٢٦٩.

لأحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر، فإنك إذا سمعت كلام الآخر عرفت كيف تقضي "[١]، فبين أن الجهالة تمنعه من القضاء، وأنها لا تُرفع إلا بسماع كلامهما[٢].

**ثانياً: حق الخصوم في مناقشة الحجج ووقائع الدعوى ( حقّ الدفاع )**

تقرر الشريعة الإسلامية حقاً ثابتاً للخصوم في إبداء جميع الوسائل الممكنة للوصول إلى حقوقهم فيما لا يتعارض مع أصول المحاكمات المتفق عليها، ولم يفرد الفقهاء موضوعاً خاصاً بحق الدفاع أو حق الخصم في المناقشة خلال جلسات الحكم، لأنهم يعدون ذلك إجراءً بدهياً ؛ إذ الدعوى في مضمونها تتطلب سؤالاً وجواباً وتتطلب طلباً واعتراضاً على الطلب وهكذا، إلا أنهم صرحوا بوجوب إمهال الخصم الذي يعجز عن جواب خصمه مباشرة، كما صرحوا بإمهال الخصم الذي لم يتسنَّ له إحضار بينته لعذر ما، عند ذلك يمهله لطلبه ويضرب له فيه أجلا غير بعيد[٣].

فإذا وجب على المحكم إعطاء فرصة للخصم بإبداء اعتراضاته على قضية خصمه وحججه، فإن ذلك يتحقق بأثلاثة أمور:

**الأول:** حق كل طرف في معرفة مضمون الادعاء الذي يراد أن يواجهه، من خلال الاطلاع على جميع البيانات والمستندات والمعلومات الأخرى التي يقدمها أحد الطرفين إلى هيئة التحكيم أو التقارير التي يضعها الخبراء أو أي دليل يمكن أن تعتمد عليه الهيئة في اتخاذ قرار الحكم.

**والثاني:** حق كل طرف في أن يحلل ويُظهر ضعف ادعاء خصمه عن طريق إعادة استجواب شهود الخصم، وإيضاح عدم قطعية بينته، والاعتراض على حجج الخصم بالاستناد إلى القانون والواقع [٤].

**والثالث:** حق كل طرف أن يعدّل أو يستكمل دعواه أو دفاعه، بما في ذلك الدعوى المضادّة، أو الدعوى المقامة لغرض الدفع بالمقاصة، إلا إذا رأت هيئة التحكيم أن السماح بذلك التعديل أو الاستكمال ليس مناسباً، ورفض ذلك الطلب يكون عادة بسبب التأخر في تقديمه، أو لأن إثارته قد ينشيء ضرراً للأطراف الآخرين أو لأسباب أخرى تبررها هيئة التحكيم، إلا أن التعديل في

---

[1] الحديث رواه أبو داود عن عَلِيٍّ قال بَعَثَنِي رسول اللَّهِ صلى الله عليه وسلم إلى الْيَمَنِ قَاضِيًا فقلت يا رَسُولَ اللَّهِ تُرْسِلُنِي وأنا حَدِيثُ السِّنِّ ولاعلم لي بِالْقَضَاءِ فقال إِنَّ اللَّهَ سَيَهْدِي قَلْبَكَ وَيُثَبِّتُ لِسَانَكَ فإذا جَلَسَ بين يَدَيْكَ الْخَصْمَانِ فلا تَقْضِيَنَّ حتى تَسْمَعَ من الْآخَرِ كما سَمِعْتَ من الْأَوَّلِ فإنه أَحْرَى أَنْ يَتَبَيَّنَ لك الْقَضَاءُ قال فما زِلْتُ قَاضِيًا أو ما شَكَكْتُ في قَضَاءٍ بَعْدُ " سنن أبي داود، رقم: ( ٣٥٨٢ )، ج/٣،ص:٣٠١، باب كيفية القضاء.

[2] السرخسي، المبسوط، ج/١٧، ص:٣٦ –٣٧.

[3] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج/ ١، ص: ٣٨، وانظر: ابن عابدين، حاشية رد المختار، ج/٧، ص: ٤٩٠.

[4] المعايير الشرعية، المادة: ( ١٠ / ١)، ص: ٥٢١، حزبون، جورج، دور هيئة التحكيم في إجراءات التحكيم الوطني والخاص الدولي، مجلة دراسات، المجلد ٢٨، العدد ٢،٢٠١١، ص: ٤١٣.

الدعوى أو الاستكمال يجب أن يراعى فيه اختصاص هيئة التحكيم، وأن لا يخرج شيء من ذلك عن نطاق اختصاصهم [١].

**الفرع الثاني: مبدأ إدارة التحقيق وتنظيم إجراءاته وفق السلطة الممنوحة**

سواءً تم تكييف السلطة بالنظر إلى عقد التحكيم على أنها حق للمحكم،أو بالنظر إلى اتفاق التحكيم على أنها التزام مبني على ما له من سلطة قضائية، فإن لهيئة التحكيم حدوداً من الحرية التي تتمتع بها في إطار إدارة إجراءات التحكيم بما يتفق مع مبدأ العدل والمساواة، وقد اتفقت الإجراءات الحديثة على عدم إلزام المحكم بتطبيق الأصول الإجرائية المطلوبة في القضاء، إلا ما كان متعلقاً بالنظام العام، وأن عليه ممارسة صلاحيته التقديرية في هذه الإجراءات على نحو يتفادى الإبطاء والإنفاق بلا داعٍ، ويضمن الإنصاف والكفاءة في تسوية المنازعات [٢]، والحكمة من ذلك أن أحد أسباب التحكيم يكمن في التخفيض من الإجراءات التي من شأنها إثقال الموازين القضائية، وتظهر إدارة التنظيم للجلسات من قبل المحكم من خلال مايلي:

**أولاً: قبول البينات ورفضها**

تظهر أهمية البينة بالنسبة للمدعي في أن دعواه لا توجب استحقاقه للحق المدعى بنفسها بدون بينة، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال:" لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه"، وفي رواية: على من أنكر[٣]، ولأن على القاضي تحسين الظن بكل واحد، فلو جعلنا نفس الدعوى موجبة استحقاق المدعي للمدعى لكان فيه إساءة الظن بالآخر وذلك لا يجوز، ولكن على المدعي البينة لإثبات استحقاقه بها [٤]، والبينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره [٥]، وقال المناوي: البينة في الأصل ما يظهر برهانه في

---

[1] القانون النموذجي ( اليونسترال )، المادة: ( ٢٢ ).

[2] المعايير الشرعية، المادة: ( ١٠ / ٣ )، القانون النموذجي، اليونسترال، المادة: ( ١٧ / ١ ).

[3] رواه مسلم من حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ: " لو يُعْطَى الناس بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ وَلَكِنَّ الْيَمِينَ على الْمُدَّعَى عليه " رقم: ( ١٧١١ )، ج/٣، ص: ١٣٣٦،،كتاب الأقضية، باب: اليمين على المدعى عليه، ورواية:" واليمين على من أنكر " ذكرها البيهقي في سننه من حديث ابن عباس: رقم: ( ٢٠٩٩٠)، كتاب الدعوى والبينات، باب البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه.
وقد علق النووي على هذا الحديث بقوله: "وهذا الحديث قاعدة كبيرة من قواعد أحكام الشرع ففيه أنه لا يقبل قول الإنسان فيما يدعيه بمجرد دعواه بل يحتاج إلى بينة أو تصديق المدعى عليه، فإن طلب يمين المدعى عليه فله ذلك وقد بين e الحكمة في كونه لا يعطى بمجرد دعواه لأنه لو كان أعطى بمجردها لادعى قوم دماء قوم وأموالهم واستبيح ولا يمكن المدعى عليه أن يصون ماله ودمه وأما المدعى فيمكنه صيانتهما بالبينة ".شرح النووي على صحيح مسلم، ج/ ١٢، ص: ٣.

[4] السرخسي، المبسوط، ج/١٧، ص: ٣٠.

[5] ابن القيم، الطرق الحكمية، ص: ١٦، إعلام الموقعين، ج/ ١، ص: ٩٧.

الطبع والعلم والعقل بحيث لا مندوحة عن شهود وجوده[1]، فيكون تعريف البينة بذلك غير مقتصر على الشهادة فقط كما ورد عند بعض الفقهاء، فتكون الشهادة واليمين والإقرار وغيرها من أنواع البينات وسيلة المدعي للوصول إلى الحق.

فالمحكم ملزم بقبول جميع البينات التي يُقدمها كل طرف لها علاقة بالقضية موضوع النزاع، فإذا حاول المحكّم رفض أو عرقلة تقديم أي بينة أو إثبات متعلق بالقضية كان ذلك تعسفاً وسوء سلوك من المحكم يمكن أن يؤدي إلى فسخ قرار الحكم [2]، وقد تقوم الهيئة من تلقاء نفسها باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات بطلب البينة مباشرة من المدعي، وعند ذلك يجب أن يمتثل المدعي لإجابة الطلب، إلا في حالات خاصة تقتضي ضرورة الطلب للبينة من المدعي – كما هو الحال في الادعاء بالتزوير، وتوجيه اليمين الحاسمة[3]، وإذا كان الأمر موجهاً ابتداءً من المحكّم جاز له العدول عن إجراء من إجراءات الإثبات أو الامتناع عن تنفيذه إذا وجد في غيره غنى عن الإجراء الذي أمر باتخاذه، على أن يبين سبب عدوله عن الإجراء الذي أمر به [4]، فإذا رأت الهيئة مثلاً أن الاستماع إلى شهود غير لازم، أو أنه لا يلزم الاستعانة بالخبراء، أو أن الأطراف لم يطلبوا الاستماع إلى شاهد أو خبير، فإن الهيئة تقرر أن من الأوفق أن تسير الإجراءات على أساس الوثائق والمستندات المتوفرة، والتي تخدم القضية دون حاجة لبينات غيرها لكفايتها [5].

والأمثل أن تقوم هيئة التحكيم بوضع جدول زمني لأجل عرض البينات والاستماع إلى الشهود، ويمكن أن تدوّن الجدول الزمني عمليّاً بعد تشكيلها مباشرة وبعد دعوة الأطراف إلى إبداء آرائهم، وبناءً على الأدلة التي سيبديها الأطراف يمكن للهيئة أن تمدد أو تقصر أي مدة زمنية تنص عليها القواعد أو يتفق عليها الأطراف [6].

---

[1] المناوي، فيض القدير، ج/٣، ص: ٢٢٥.

[2] حزبون، جورج، دور هيئة التحكيم في إجراءات التحكيم الوطني والخاص الدولي، مجلة دراسات، المجلد ٢٨، العدد ٢،٢٠١١، ص: ٤١٣.

[3] **اليمين الحاسمة:** هي التي يوجهها أحد الخصمين إلى الآخر كدليل قاطع في الدعوى، أو التي يوجهها الخصم لخصمه عند عجزه عن إثبات حقه حسماً للنزاع، وتعد اليمين الحاسمة تصرفاً قانونيا ينتهي بها النزاع، وتكون عند فقد الأدلة في الدعوىً الصحيحة وبطلب من الخصم، ويجوز ردها إلى الخصم الآخر. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٣٦٥-٣٦٦.

[4] جمال، مصطفى محمد **و** عبد العال، عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية، ص: ٦٩٠ -٦٩١.

[5] القانون النموذجي، ( اليونسترال )، المادة ( ١٧ / ٣ )، وفي المقابل يمكن أن تسمح الهيئة – بناءً على طلب أي طرف – بضمّ شخص ثالث واحد أو أكثر كطرف في عملية التحكيم، شريطة أن يكون ذلك الشخص طرفاً في اتفاق التحكيم، ما لم تر هيئة التحكيم – بعد إعطاء جميع الأطراف، ممن فيهم الشخص أو الأشخاص المراد ضمهم، فرصة لسماع أقوالهم، أنه ينبغي عدم السماح بذلك الضم، لأنه يُلحق ضرراً بأي من أولئك الأطراف. أنظر: المادة ( ١٧ / ٥ ) منه.

[6] القانون النموذجي، ( اليونسترال )، المادة ( ١٧ / ٢ ).

وقد اشترط الفقهاء شروطاً عامة في سماع البينة تدل على أن المحكم مأمور بتحري صحة البينة، بتوفر شروط الشهادة الصحيحة وانتفاء الموانع عن الشاهد، وكذلك الأمر بالنسبة لشروط الكتابة وصحة الاحتجاج بها، وشروط الإقرار واليمين والخبرة والنكول[١]، فإذا كانت البينة لا تتوفر فيها الشروط التي تجعلها مقبولة أمام مجلس الهيئة عندئذ يرد المحكم البينة ولا ينظر فيها [٢]، وهل يقضي بعلمه الشخصي في القضية موضوع النزاع ؟

من القواعد المقررة في قوانين المرافعات أنه ليس للقاضي أن يقضي بعلمه الشخصي، فلو كان القاضي حسب علمه متأكداً من ثبوت واقعة معينة، فإنها تبقى غير ثابتة حتى يُثبتها أحد الخصوم، ويوافق ذلك رأي جمهور الفقهاء من المالكية[٣] والحنابلة[٤] وقول عند الشافعية[٥] والمفتى به عند متأخري الحنفية[٦]، وفي ذلك تحرز عن التهمة وسوء ظن الناس فيه إن كان سيقضي بعلمه وبالتالي لا بد من البينة [٧]، إلا أن ثمة اتفاقا بين الفقهاء أن القاضي لا يصح له القضاء على خلاف علمه، ولو مع البينة، فلو علم بدين أو تلف وقامت البينة على خلاف ذلك، فلا يقضي، لأنه متيقن ببطلان حكمه، وعندئذ يقرر الفقهاء أن يمتنع عن الحكم أو يعزل نفسه عن القضية[٨]، ولكن تطبيق ذلك على خصومة التحكيم يثير مشكلة، ذلك أن المحكم قد يتم اختياره بسبب معرفته الفنية في فرع معين من فروع المعرفة، فإذا حدث خلاف في القضية المعروضة عليه حول جزئية من متعلقات النزاع – موضوع الدعوى –[٩] فهل يستطيع المحكم بناء على علمه الشخصي بشيء أو شخص ترجيح دعوى أحد الطرفين على الآخر ؟

أقول: القياس يقتضي أنه ومن باب أولى أن يمنع المحكم من الحكم بعلمه الشخصي، ذلك أن التوجهات الحديثة في الإفتاء وفي القانون تتحرز عن قضاء القاضي بعلمه على الرغم من تمتعه بسلطة أعلى بشأن الفصل في الخصومات، فلإن كان التحرز في جانب القاضي دفعاً للشبهة وسداً لذريعة التواطؤ مع أحد الخصوم، فإن ذلك يظهر في حق المحكم بطريق أولى ليكون ذلك

---

[1] ابن مودود، الاختيار في تعليل المختار، ج/٢، ص: ١٠٠، ابن الغرس، المجاني الزهرية، ص: ٧٥، الماوردي، أدب القضاء،ج/ ٢، ص: ٣٤٣ وما بعدها.

[2] ابن نجيم، البحر الرائق، ج/ ٧، ص: ٢٦، علي قراعة، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، ص: ٣٧٤.

[3] الباجي، المنتقى، ج/٥، ص:١٨٦، ابن أحمد أبو عبدالله، شرح ميارة الفاسي، ج/١، ص: ٤٨–٤٩.

[4] ابن مفلح، المبدع، ج/١٠، ص: ٦١.

[5] مختصر المزني، ج/١، ص: ٣٠٢، الشربيني، مغني المحتاج، ج/٤، ص: ٣٩٨.

[6] الشرنبلالي، الحاشية على درر الحكام لمنلاخسرو، ج/٢، ص: ٤١٠، محمد بن شهاب، الفتاوى البزازية، ج/١،ص: ٥٠٨، ابن عابدين، الحاشية على رد المختار، ج/ ٧، ص: ٤٢٥.

[7] حيدر، علي، أصول استماع الدعوى الحقوقية، ص: ٢٦٥.

[8] الأسيوطي، جواهر العقود،ج/ ٢، ص: ٢٩٠، محمد الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٥٦٤.

[9] والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٣٠٧ –٣٠٨.

موجباً لفسخ الحكم في حال صدوره عن علمه الشخصي، ولذا أقرت المعايير الشرعية عدم صحة قضاء المحكم بعلمه [١]، وأن المحكم يجب ألا يبني حكمه إلا على موجب الأقوال التي سمعها، والمستندات التي قُدمت إليه أثناء المرافعات، فلا يحكم بمقتضى ما لديه من معلومات خاصة استمدها خارج جلسة التحكيم، مالم يكن لشخص المحكم اعتبار خاص عند الخصوم، بحيث يكون قد تم اختياره على أساس معاصرته هو لمراحل النزاع وعلمه الخاص بكل تطوراته، وعندئذ يجب على المحكم في هذه الأحوال أن يواجه الخصوم بملاحظاته الخاصة قبل بناء حكمه عليها، ويعدّ من قبيل العلم الشخصي ترجمة المستندات إلى لغة المرافعة ولغة الحكم، فإذا قام المحكم بإجراء هذه الترجمة بنفسه يكون قد قضى بعلمه، وهو ممنوع من هذا، فقد يسيء الترجمة أو يُخطيء بصددها أو يكون علمه الشخصي غير مستكمل مما يؤثر في التقدير،إلا إذا اتفق الخصوم صراحة أو ضمناً على أن يقوم المحكم بإجراء هذه الترجمة بنفسه فيجوز [٢].

**ثانياً: تدوين وقائع الجلسات**

عدّت الشريعة الإسلامية أمر التوثيق قاعدة هامة في حفظ الحقوق، فإن كان الأمر بحفظ العقود وتدوينها سداً لباب الخصومة وحسماً للنزاع بين الناس فلئن يكون التوثيق لمحضر الخصوم بين يدي الحاكم أولى وآكد، وقد دلّ عليه قول الله عز وجل: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ} [البقرة: ٢٨٢]، فدل على أن الأمر بالكتب ندب إلى حفظ الأموال وإزالة الريب، وإذا كان الغريم تقيا فما يضره الكتاب، وإن كان غير ذلك فالكتاب ثقاف في دينه وحاجة صاحب الحق، وفي قوله " فاكتبوه " إشارة ظاهرة إلى أنه يكتبه بجميع صفته المبينة له، المعربة عنه، للاختلاف المتوهم بين المتعاملين، المعرفة

[1] المعايير الشرعية، المادة: ( ١٠/ ١ )، وجاء في حواشي الشرواني: "أنه لا يجوز له ولا لقاضي الـضرورة الحكم بعلمهما "اهـ، حواشي الشرواني على تحفة المنهاج، ج/١٠، ص: ١١٩.

[2] أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته،ص:٢٦٠ –٢٦١.

للحاكم ما يحكم به عند ارتفاعهما إليه [1]، وقد نص الفقهاء [2] على ضرورة أن يثبت القاضي أحداث الخصومة بالكتابة في مَحضر خاص وأن يتخذ كاتباً عدلاً [3] لذلك، ليقع الأمن عن الزيادة والنقصان في جواب المدعى عليه، فيمكن الرجوع إليه عند مساس الحاجة، وأن يقيد المَحضر بالتاريخ، لأن أحد الخصوم قد يأتي بدفع والحكم فيه يختلف بينما قبل الدعوى وبينما بعد الدعوى [4]، فإذا كان إعداد مَحضر جلسات الخصوم مبدأً عاماً من مباديء الحكم، فإن المحكم لا بد أن يُعدّ المَحضر بمجرد انعقاد جلسات التحكيم، يدون فيه البيانات الخاصة بتلك الجلسات، لأن المَحضر مرآة التحكيم التي تعكس مجرياته،فوجوده ضروري ما دام هناك جلسة قائمة، إلا أنه ليس بالضرورة تدوين كل ما ذُكر في جلسة الأقوال، وإنما يكفي تدوين خلاصة هذه الأقوال، وخاصة المهم منها والتي لها أثر في القضية عند إصدار الحكم، ويُكتفى بتوقيع أعضاء هيئة التحكيم على المَحضر ليكون حجة على أطراف الخصومة سواءً وقعوا على المحضر أم لا، فمَحضر التحكيم هو مستند رسمي لا يُطعن فيه إلا بالتزوير [5]، والسؤال المطروح في حديثنا عن تدوين وقائع الجلسة: هل يُشترط أن تكون الجلسات علنية ؟ بأن يتمكن غير الخصوم أو وكلاؤهم أو من ليس له علاقة بالدعوى من حضور الجلسات والاستماع إلى تفاصيل مجرياتها ؟

لم ينص الفقهاء صراحة على علانية جلسات الحكم، ولكن يُفهم من الواقع العملي لحكم النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة والتابعين أن جلسات الحكم كانت تعقد علانية يحضر فيها كل من أراد، خصوصاً إذا لاحظنا ما ذُكر في مكان القضاء وهو المسجد الجامع الذي لا يُمنع أحد من دخوله، وكان القاضي إذا أراد المشاورة في مثل هذه الحالة، رفع الناس عن المجلس وخلا

---

[1] القرطبي، تفسير القرطبي،ج/٣، ص:٣٧٧.

[2] الكاساني، بدائع الصنائع،ج/ ٧، ص:١٢، الخرشي، شرح مختصر خليل، ج/ ٧، ص:١٤٨، ١٤٩،النووي، روضة الطالبين،١١، ص: ١٤٠، ج/ البهوتي، كشاف القناع، ج/٦، ص:٣١٩.

[3] ***ومن الشروط في الكاتب** أن يكون عدلاً أميناً أهلاً للشهادة فقيهاً،وقد يشق عليه أن يكتب بنفسه فيحتاج إلى كاتب يستعين به، وينبغي أن يكون عفيفا صالحا من أهل الشهادة، وله معرفة بالفقه، أما العفة والصلاح ؛ فلأن هذا من باب الأمانة، والأمانة لا يؤديها إلا العفيف الصالح.وأما أهلية الشهادة ؛ فلأن القاضي قد يحتاج إلى شهادته.وأما معرفته بالفقه ؛ فلأنه يحتاج إلى الاختصار والحذف من كلام الخصمين، والنقل من لغة، ولا يقدر على ذلك إلا من له معرفة بالفقه، فإن لم يكن فقيها كتب كلام الخصمين كما سمعه، ولا يتصرف فيه بالزيادة والنقصان ؛ لئلا يوجب حقا لم يجب، ولا يسقط حقا واجبا ؛ لأن تصرف غير الفقيه بتفسير الكلام لا يخلو عن ذلك.الكاساني، بدائع الصنائع، ج/٧، ص، ١٢

**(أقول )**: وقد يُتسامح في بعض هذه الصفات في عصرنا الحالي، ومن الأسلم ومما تجري عليه العادة المتبعة في كتابة المحاضر إملاء القاضي للكاتب، وبالتالي لا يكون للكاتب تدخل مباشر في تدوين مجريات الخصومة إلا بالقدر الذي يمليه عليه القاضي، وقد توجهت بعض المحاكم إلى استعمال الحواسيب في تدوين محاضر الجلسات من باب توفير الوقت ومن باب سرعة الأداء، إلا أنه وكما نص الفقهاء فإن الإجراء الذي لا يزال معمولاً به جلوس الكاتب أو الطابع بمرأى من القاضي ليراقب ما يمليه عليه، ولتصويب أي خطأ قد يحدث من الكتابة اليدوية أو الطباعة.

[4] برهان الدين مازة، المحيط البرهاني، ج/ ٨، ص: ٢٤،

[5] حداد، حمزة، التحكيم في القوانين العربية، ص: ٢٩٨ – ٢٩٩.

بأصحابه للتشاور في الحكم [١]، وهذا الأمر المتعارف عليه في إجراءات المحاكم حديثاً،إلا أنه وفي حالات معينة يصح أن تكون جلسة المرافعة سرية، محافظة على النظام العام، أو مراعاة للآداب، والمحكمة تأمر بذلك من تلقاء نفسها، أو بناءً على طلب أحد الخصوم، والحكمة من ذلك مراعاة الظروف التي تتعلق بخصوصية أحد الخصوم أو موضوع الدعوى مما لا يليق تمكين الجمهور من شهوده، وأحياناً يُخشى من احتكاك فريقي الخصوم وأنصارهم بعضهم ببعض، مما يؤدي إلى الإخلال بالنظام، وعليه فإن تحديد كون الجلسة علنية أو سرية يرجع إلى تقدير المحكمة [٢]، إلا أن الأمر بالنسبة لهيئة التحكيم مختلف، فإذا كانت جلسات القضاء تُعقد علانية حرصاً على ضمان الثقة في عمل القضاء، فإن هذه العلّة لا محلّ لها في التحكيم، وعليه فإن جلسات التحكيم تعقد سرية، وتعني السرية: قصر حضور الجلسات على هيئة التحكيم، وأطراف الخصومة وممثليهم ومساعديهم، وأي شخص آخر ترى الهيئة ضرورة حضوره لحسن سير التحكيم، مثل كاتب الجلسات والسكرتارية، ويشمل ذلك بطبيعة الحال الشهود والخبراء بالنسبة للجلسات التي تعنيهم، ويمكن القول أن هذا الإجراء من الأعراف التحكيمية الواجب اتباعها، والنصوص القانونية الحديثة سكتت عن النصّ على سرية أو علنية الجلسات في قوانين التحكيم[٣]، مما يعني مراعاتها للعرف العام المعمول به عند الجميع [٤].

**ثالثاً: إعداد مرجعية للتحكيم**

مرجعية التحكيم هي تلك الوثيقة التي تعدّها هيئة التحكيم متضمنة كامل النقاط الرئيسية المرتبطة بالتحكيم، ويتميّز أسلوب مرجعية التحكيم بكونه يؤدي إلى تحديد عناصر التحكيم من الناحية الإجرائية والموضوعية مما يسهل عملية اتخاذ القرار، وعادة ما تشمل أموراً محددة، مثل[٥]:

١- أسماء أطراف النزاع في التحكيم، وعناوينهم وأسماء ممثليهم إن وجدوا وعناوينهم.

---

[1] محمود عرنوس، تاريخ القضاء في الإسلام، ص: ١٣٧.

[2] قمحة، أحمد والسيد، عبد الفتاح، شرح لائحة الإجراءات الشرعية، ص: ٢٧٢ -٢٧٣.

[3] باستثناء القانون السعودي في المادة: (٢٠) من اللائحة التنفيذية ؛ الذي تضمن نصاً يقضي بعلنية جلسات التحكيم كمبدأ عامّ، مالم تُقرّ الهيئة غير ذلك، أو كان الطلب من أحد الخصوم.

[4] والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٣٣٣، حداد، حمزة، التحكيم في القوانين العربية، ص: ٣٠٠ – ٣٠١.

[5] أنظر: القانون النموذجي، ( اليونسترال )، المواد: ( ٣ و ٤ )، ويفصّل القانون النموذجي في الوثيقة: عن طريق إشعار صادر من المدعي وإشعار ردّ من المدعى عليه، تنظمه هيئة التحكيم بعد ذلك، وقد أصبحت مخرجات هذه الأمور من الأعراف التي تجري فيها عادة تحديد وثيقة التحكيم، وإن اختلفت بين بعض الدول في الصياغة، إلا أن مضمونها واحد تقريباً.

٢- ملخص عن مصدر التحكيم، شرط أو مشارطة، والاتفاق الذي وضع شرط التحكيم لتنظيم الخلاف بشأنه.

٣- ملخص لوقائع الادعاء، والطلبات والدفاع والدفوع لكل من الأطراف، كذلك الادعاء المتقابل، سواءً كان في صورة مذكرة أو في صورة أو في مرافعة شفوية.

٤- الأسانيد القانونية التي يبني عليها كل طرف من الأطراف ادعاءه، وطلباته ودفوعه ودفاعه، ومواعيد تقديم المستندات وتقارير الخبراء الاستشاريين من كلا الطرفين، ويراعى أن تُقدم جميع المستندات المنتجة والتقارير قبل جلسة المرافعة، وأن تتاح لكل طرف فرصة الاطلاع على مستندات خصمه، وتقارير الخبرة المقدمة منه، والوقت الكافي لتقديم مستندات وتقارير خبرة مضادة، وإذا قدم الطرف مستندات متعددة، فإن للمحكم أن يطلب ممن قدمها إعداد قائمة بالمستندات الجدية منها.

٥- القانون الواجب التطبيق وفق اتفاق الأطراف، و/ أو وفق مؤسسة التحكيم، ومكان اتخاذ إجراءات التحكيم في ضوء اتفاق الأطراف أو نظام المؤسسة بحسب الأحوال.

٦- الخبرة، وكيفية إجرائها إن وجدت.

٧- إيضاح نقاط الخلاف وطرح الأسئلة حول المواضيع التي هي بحاجة لقرار من هيئة التحكيم.

وقد يُضاف إلى ذلك ما يلي:

١- تقسيم تقريبي لوقت الإجراءات من حيث إعطاء الأطراف وقتاً متساوياً في طرح قضاياهم.

٢- تسلسل بيان اللوائح والبينات الكتابية.

٣- مكان سماع الشهود وزمانه ومدته.

٤- التبليغات والإخطارات وكيفية إجرائها ووسائلها والعناوين المعتمدة لتحقيقها.

٥- دور هيئة التحكيم أثناء نظر الإجراءات ( عادة ما يكون في التحكيم الفردي – العادي – وليس المؤسسي ).

وبعد إعداد مرجعية التحكيم من قبل هيئة التحكيم يتم عرضها على الأطراف للتوقيع عليها بعد القيام بتدقيقها، وإبداء الرأي حول أي أمر يرون ضرورة إضافته أو حذفه في ضوء اتفاق التحكيم، ثم يتم توقيعه ليصبح نهائياً مُلزماً للأطراف ولهيئة التحكيم [1].

---

[1] الأحدب، عبد الحميد،إجراءات التحكيم، ص: ٤٦٨ – ٤٦٩، والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٣٢٤ – ٣٢٥، حزبون، جورج، دور هيئة التحكيم في إجراءات التحكيم الوطني والخاص الـدولي، ص: ٤١٣- ٤١٤.

## المبحث الثاني: العوارض[1] التي تواجه مهمة هيئة التحكيم

أمرت الشريعة الإسلامية من يتولى أمر الفصل بين الخصوم أن يكون همه في سرعة إيصال الحق إلى أصحابه، وأن التأخير المتعمد من قبل الحاكم رغم توفر ظروف الحكم هو عنوان الظلم وغايته، فالتعجيل بإيصال الحقوق إلى أصحابها مقصد من السمو بمكانة، وإن الإبطاء بإيصال الحق إلى صاحبه عند تعينه بأكثر مما يستدعيه تتبع طريق ظهوره يثير مفاسد كثيرة، منها: حرمان صاحب الحق من الانتفاع بحقه، وهو ضرر به، ومنها إقرار غير المستحق على الانتفاع بشيء ليس له وهو ظالم للمحق، ومنها استمرار المنازعة بين المحق والمحقوق، ففي الإبطاء مفسدة بقاء التردد في تعيين صاحب الحق، وتوجه التهمة إلى الحاكم في تريثه، هذا من جهة المعنى، ومن ناحية تصرفات النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه نجد أنه صلى الله عليه وسلم كان يقضي بين الخصوم دون أن يرجئهم إلى وقت آخر إن توفرت أسباب الحكم، وبذلك فإن حصول ما يؤخر السير في دعوى الحكم ينبغي أن لا يكون إلا لعارض أو لطاريء حتى لا يتأثر المقصد الأساسي الذي لأجله قامت عملية تنظيم الفصل في الخصومات وهو إيصال الحق لصاحبه [٢]، والحقيقة أن الفقهاء المسلمون لم يعنوا كثيراً بحصر هذه العوارض، إلا أنه يمكن استنتاجها من القواعد والأصول التي اعتمدوا عليها في التقاضي ونظر الدعاوي [٣]، وليس ذلك بالغريب أن لا نجد في كتب الفقه كلاماً مباشراً لأصول الإجراءات التفصيلية التي عجت بها كتب القانون الحديثة؛ لأن استحداث الإجراءات إنما يعود لمنع المفاسد ووجوب الاحتياط عن الخطأ أو الظلم الذي قد يحدث، وفي ذلك يقول الإمام العادل عمر بن عبد العزيز: " يحدث للناس من الأقضية بقدر ما يحدث لهم من الفجور " [٤]، وهو من الأسباب المحتملة، ثم إن حاجة الناس إلى تنظيمات جديدة تخدم حجم المعاملات وتناسب كثرة التعقيدات التي تكتنف أصولها أو إجراءاتها فيما ينسجم مع المصالح وإعمال قواعد الضرورة يرجع في كل زمان إلى ما يقتضيه التنظيم من التوسعة أو التضييق، وهذه هي المرونة التي اتسمت بها القواعد الشرعية والتي لا تقف سداً أو عائقاً أمام تنظيم شؤون الحياة بما يخدم التطور الذي يقتضيه صلاح الأمة،

---

[1] **العوارض في اللغة** جمع عارض، يقول ابن فارس: العين والراء والضاد بناء تكثر فروعه، وهي مع كثرتها ترجع إلى أصل واحد، وهو العرْض الذي يخالف الطول. معجم مقاييس اللغة، ص: ٧٥٤، واعترض الشيء: صار عارضا، كالخشبة المعترضة في النهر، يقال اعترض الشيء دون الشيء أي حال دونه، واعترض فلان فلانا أي وقع فيه،وعارضه أي جانبه وعدل عنه، والعارض السحاب يعترض في الأفق، ومنه قوله تعالى:{هَذَا عَارِضٌ مُمْطِرُنَا} [الأحقاف: ٢٤] أي ممطر لنا.الرازي، مختار الصحاح، ج/ ١، ص:١٧٨.

[2] ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى، ص: ٤٧٠ – ٤٧١.

[3] المرجع السابق، ص: ٦٩٦.

[4] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج/ ١، ص:١٥٨، محمود بن عرنوس، تاريخ القضاء في الإسلام، ص: ١٣٩.

فالتشريع الإسلامي غني جداً بالقواعد العامة المتنوعة، والأسس الثابتة التي رسخت فكرة إحقاق الحق، ودرء المفاسد وجلب المصالح، واحترام الإرادات والعقود، ومنع الإكراه وإسقاط ما يترتب عليه، وإزالة الضرر، واعتبار الضرورات، ومسؤولية التسبب، وتنويع وتوزيع الضمانات بعدل متوازن، واعتبار العرف والعادات في العقود والأعمال والالتزامات، إلى غير ذلك من المباديء التي تمثل ميداناً واسعاً لاجتهادات واسعة النطاق، يسهل جداً تخريج ما يجد حدوثه من معاملات من تلك القواعد والأصول بطريق القياس والاستصلاح بما يخدم حاجة الناس ومصالحهم [١].

والمقصود بالعوارض في هذا المقام المعنى الواسع الذي يشمل كل ما يواجه عملية التحكيم من ظروف يمكن أن تؤثر عليها خلال مسيرتها، سواءً تعلقت هذه الظروف بهيئة التحكيم، أو تعلقت بالخصومة ذاتها، ونظراً للنشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، فإن النطاق الزمني لهذه السلطات قد يتوقف على إرادة الأطراف الذين يمكنهم وضع حدّ لهذه السلطة قبل الفصل في موضوع النزاع، وقد يرجع إلى إرادة المحكّم أو المحكمين، وقد ينقضي الميعاد المحدد قبل أن يتمكنوا من الفصل في الموضوع، وقد يكون ذلك راجعاً إلى سبب مرتبط بأحدهما حدث قبل إصداره لحكمه[٢]، وفي كل حال فإن حدوث أي طاريء معيق لمسيرة التحكيم سيتعلق سببه أو أثره بالنتيجة التي ترتبط بها عملية التحكيم. والعوارض التي تعترض عملية التحكيم منها ما يتعلق بالمحكمين، ومنها ما يتعلق بالنزاع، وفيما يلي تفصيل وبيان لهذه العوارض.

## المطلب الأول: العوارض المتعلقة بالمحكمين

ترجع أسباب انقضاء سلطة المحكم في الفصل في النزاع الذي عهد إليه إما إلى سبب يرتبط به أو إلى سبب يرتبط بإرادة الطرفين، وبالنظر إلى طبيعة العلاقة العقدية بين المحكم والخصوم، والتي تأخذ منحى الوكالة من جهة تقليد المحكم من قبل الخصوم، وتأخذ صفة السلطة المماثلة للقضاء من جهة طبيعة عمل المحكم في جلسات التحكيم، وبين المنحيين تظهر الآثار التي تتعلق بانتهاء عمل المحكم.

### الفرع الأول: انقضاء سلطة المحكم لسبب يرتبط بالمحكم

الأسباب المرتبطة بالمحكم قد تكون أسباباً خاضعة لظروف طارئة لا دخل للمحكم بها ولكنها تشكل مانعاً حقيقياً من مواصلة عملية التحكيم، ومنها ما يعود إلى إرادته في عدم رغبته في إتمام السير بعملية التحكيم، ومنها ما يتعلق بمخالفات لا تتفق مع شرط تعيينه فتأتي مخالفة

---

[1] الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج/١، ص: ٢٣٠ –٢٣١.

[2] شحاتة محمد نور، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، ص: ٢٥٩.

صريحة ومناقضة لعمل المحكم إن تم ثبوتها، فإما أن يؤدي ذلك إلى إطالة أمد التحكيم وهو ما لا يتفق مع الغاية والحكمة الأساسية التي قام التحكيم لأجلها، أو إلحاق الضرر بالخصوم، والحالات التي ترتبط بالمحكم وينشأ عنها انقطاع عملية التحكيم أو توقفها هي:

**الحالة الأولى: عدول المحكّم عن قبول التحكيم وتنحيــه**

القاعدة المتفق عليها عند الفقهاء وأهل القانون أنه مادام التحكيم ينبني على الإيجاب والقبول ويتم بالرضا بين جميع الأطراف، فإن إجبار أحد على تولي مهمة التحكيم غير متصور وغير مقبول، فلا يُجبر المحكم على القيام بالمهمة التحكيمية متى تعين لها سواءً بإرادة الأطراف أو حتى بتعيين المحكمة وهي إرادة متبادلة بين الطرفين، وإنما له الخيار في قبولها وعدم قبولها، وبما أن الحكم دخل باختياره، فإنه يخرج باختياره أيضاً قياساً على عقد الوكالة، فللوكيل أن يعزل نفسه، ولأن التحكيم مثل الوكالة من العقود الجائزة غير اللازمة [١]، ولكن المتفق عليه أيضاً أن التزام المحكم بالتحكيم يوجب عليه العمل بمقتضى العقد وعدم التقصير في عمله لأنه سيكون مسؤولاً عن آثار الضرر التي قد يتعرض لها أطراف الخصومة في حال تقصيره، ولهذا كان لا بد للمحكم لإبداء النية الحسنة أن يُفصح عن سبب تنحيه وعدوله عن إتمام عملية التحكيم، فإذا كان هناك سبب جدّيّ قام بعد قبول المحكم لمهمته التحكيمية أو بعد بدء إجراءاته، وكان هذا المانع بحيث يحول دون مزاولة مهمته ؛ كما لو أصابه مرض يُقعده عن ذلك، أو إذا عُيّن قاضياً أو مستشاراً، أو طرأ ما يؤثر على حيدته أو استقلاله [٢]، وعليه فقد أشار القانون النموذجي أنه إذا أصبح المحكم غير قادر بحكم القانون أو بحكم الواقع على أداء مهمته، أو تخلف لسبب آخر عن القيام بمهمته تنتهي ولايته، إذا هو تنحى عن وظيفته، أو إذا اتفق الطرفان على إنهاء

---

[1] السمناني، روضة القضاة، ج/ ١، ص: ١٤٩، الكمال بن الهمـام، شـرح فـتح القـدير، ج/ ٧، ص:٢٦٤، الماوردي، أدب القاضي، ج/ ٢، ص: ٣٩٩، الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج/ ١، ص: ٥٢٧ – ٥٢٨.

*وقد فصل الفقهاء في بيان الأسباب التي تعتبر مانعة من إتمام المهمة العقدية، كما قد فصلوا في نوع المـرض المقعد عن العمل، فعند الحنفية: ينعزل لفوات السمع أو البصر أو العقل، وعند الشافعية: لا يصح قـضاء مـن اختلط عليه لكبر أو مرض ونحوه، وعند المالكية: إذا اجتمعت عليه علتان كفقد السمع والبصر بطلت أحكامـه. أنظر: محمد بن شهاب، الفتاوى البزازية، ج/ ١، ص: ٤٩٤، ابن فرحون، تبصرة الحكـام، ج/ ١، ص: ٢٣، النووي، روضة الطالبين، ج/١١، ص:٩٧.

*وقسم الماوردي أنواع العجز من حيث قبول كونه عذراً يستوجب العزل أو لا يستوجب العزل إلى ثلاثة أنواع:
الأول: ما يمنع من التقليد كالعمى والخرس فقد انعزل بحدوثه فيه.
الثاني: ما لا يمنع من التقليد كالزمانة ( العاهة المزمنة )، فلا ينعزل بها، لأنه يعجز بها عن النهضة ولا يعجز بها عن الحكم.
الثالث: المرض، فإن أعجزه عن النهضة ولم يعجزه عن الحكم لا ينعزل، وإن أعجزه عن النهضة والحكم: فإن كان مرجوّ الزوال لم ينعزل به، وإن كان غير مرجوّ الزوال انعزل به. أ.هـ، أدب القاضي، ج/٢، ص:٤٠٤.

[2] أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته،ص: ١٨٤ – ١٨٥، والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٢٥٣،

مهمته، وذلك بعد تقديم أي طرف اعتراضاً على المحكم في غضون خمسة عشر يوماً من تبليغه بتعيين المحكم المعترض عليه، أو من تاريخ علمه بظروف الاعتراض، كما ويجب إرسال الإشعار بالاعتراض إلى كل الأطراف الآخرين، وإلى سائر أعضاء هيئة التحكيم مع بيان أسباب الاعتراض، وإذا تنحى المحكم بعد طلب الاعتراض تجري إجراءات اختيار محكم بديل، على أنه لا تعد موافقة المحكم بالتنحي عن الدعوى إقراراً ضمنياً بصحة الأسباب التي يستند إليها الاعتراض[١].

**(أقول):** لا تعارض بين ما يجيزه الفقهاء من اعتبار التحكيم كالوكالة في صحة تنحي المحكم عن أداء مهمته وبين أن يتحمل مسؤولية التنحي التي يشير إليها القانون، والسبب في ذلك أن الأمر الذي لا ريبة فيه أن من يباشر عقداً من العقود التي تتضمن تقديم عمل أو خدمة لمن وكله أو استأجره أو عينه يقتضي أن يتحمل مسؤولية التعدي والتقصير الناشيء عن عدم التزامه بطبيعة العمل الموكل إليه، ومستند ذلك أن التوكيل أمانة، تنشيء أثراً بالمطالبة بالتعويض في حال ثبوت التعدي والتقصير، أما إذا كان تنحي المحكم ناشئا عن عذر قاهر أو ظرف طاريء مقبول، فلا يقول أحد بأن على المحكم أن يتحمل مسؤولية الظرف الطاريء، ولذلك اعتبرت المعايير الشرعية مهمة المحكم في قيامه بمهمة التحكيم يمكن قياسها على إجارة الأشخاص في عدم صحة فسخ العقد بإرادة منفردة، وأن الظرف الطاريء سبب مقبول في تنحي المحكم عن مهمته [٢].

**الحالة الثانية: فقدان الأهليـــة**

الحديث هنا عن المحكم الذي تولى مهمة التحكيم وقد اكتملت فيه الأهلية، ثم طرأ ما يحدث نقصاً أو خللاً في أهليته قد يؤدي إلى زوالها ثم يرتب عدم قابليته لإتمام مهمة التحكيم.

وفي هذا السياق تبرز ثلاثة مفاهيم لعدم الأهلية:

**الأول: عدم الأهلية الطبيعية:** وهي العوارض التي تطرأ على الأهلية بعد أن بلغ الإنسان راشداً وأثرت على قدرته على التمييز ؛ كالجنون، والعته، والغفلة[٣].

---

[1] القانون النموذجي ( اليونسترال)، المادة: ( ١٣ / ١ – ٤ )، والمادة ( ١٤ / ١ ).

[2] المعايير الشرعية، ( المادة ): (٥ /٢ ) التحكيم، وانظر: ( المادة): ( ٤ / ٦ –٧ ) من المعيار ٣٤ بشأن إجارة الأشخاص.

[3] السنهوري، مصادر الالتزام، ج/ ١، ص: ٢٩٨. *وقد فصل الفقهاء في بيان الأسباب التي تعتبر مانعة من إتمام المهمة القضائية،وانظر: محمد بن شهاب، الفتاوى البزازية، ج/ ١، ص: ٤٩٤، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج/ ١، ص: ٢٣، النووي، روضة الطالبين، ج/١١، ص:٩٧.

**والثاني: عدم الأهلية المدنية العامة:** وهي العوارض التي تتعلق بنقص القدرة أو انعدامها في دائرة التصرفات المالية ؛ كالسفيه والمحجور عليه والمفلس.

**والثالث:عدم الأهلية المدنية الخاصة:** وهي العوارض التي تتعلق بنزاهة المحكم أو الأمور التي ترتبط بجنسيته ؛ فيفقد الأهلية من حكم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف [١]، وكذلك عدم الأهلية المتعلقة بجنسية المحكم والتي عادة ما يتم الاتفاق عليها وفق القوانين الآمرة الداخلية للدول ولا علاقة لها بالقانون الدولي العامّ [٢].

وتاسيساً لما سبق نجد أن الأهلية لها علاقة مباشرة بنتيجة التحكيم والحكم الصادر منه، وإن كنا سنتعامل مع قرار الأصل أن يكون ملزماً لأطراف الخصومة ؛ فلا بد إذن أن تكون مقدمات القرار صحيحة غير منقوصة، ولهذا نجد اهتماماً كبيراً بموضوع الأهلية وتحريها في شخص المحكم، سداً لذريعة إبطال الحكم فيما بعد، وتتوقف الإجراءات من لحظة وفاته أو من لحظة انعدام الأهلية، ليستكملها محكم بديل، مع الأخذ بعين الاعتبار عدم إبطال الإجراءات التي سبقت حدوث الخلل قياساً على حدوث الوفاة، فإذا توفي أحد المحكمين لم تبطل الإجراءات التي سبقت موته وتكون صحيحة [٣]، أما الأعمال والإجراءات التي شرع بها ثم مات أو عزل قبل تمامها، فقد بينها الإمام الماوردي في أدب القاضي ضمن أقسام ثلاث:

**القسم الأول:** ما يجوز للثاني ( أي المحكم البديل ) أن يبني على فعل الأول حتى يتم ولا يلزمه استئنافه وهو: "كل ما لا يجوز أن يعاد ولا يزاد" ؛ كتحالف المتبايعين إذا اختلفا فيعزل بعد يمين أحدهما وقبل يمين الآخر، فيبني الثاني على ما تقدم من أحلاف الأول ولا يستأنف التحالف، وكالأيمان في القسامة إذا عزل وقد حلف المقسم بعض الأيمان وبقي بعضها، فيبني الثاني على إحلاف الأول حتى يستكمل الأيمان ولا يستأنفها، وهذا البناء معتبر بتصادق الخصمين، أو بقيام البينة إن تكاذبا.

**والقسم الثاني:** ما يستأنفه الثاني ( أي المحكم البديل ) ولا يبني على حكم الأول، "وهو كل ما كان الفعل فيه مقترنا بالحكم" ؛ كما لو حكم ببيع مال المفلس ثم عزل قبل بيعه لم يكن للثاني

---

[١] (أقول): وقد يرد في هذا المعنى ما يذكره الفقهاء من طروء الفسق على القاضي، وأن هذا الفسق بحيث يمنعه من إتمام عملية الحكم، كونه لا يتناسب مع روح الحكم بماأنزل الله، ويمكن أن يرد في هذا المعنى أيضاً من ارتكب أحد الحدود وصار ممن لا تجوز شهادته، وبالتالي يسقط اعتباره الشخصي في أن يتولى سلطة فصل الحكومات.

[٢] حزبون، جورج، معوقات إجراءات التحكيم السابقة على إصدار القرار ودور الرقابة القضائية، ص: ٢٢-٢٣.

[٣] الماوردي، أدب القاضي، ج/٢، ص: ٤٤٥، وانظر: والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٢٥٩ - ٢٦٠.

بيعه بحكم الأول حتى يستأنف الحكم به، وكما لو حكم بشفعة الجوار ولم يسلط الشفيع على الأخذ حتى عزل، فليس للثاني تسليطه بحكم الأول حتى يستأنف الحكم بالشفعة والتسليط.

**والقسم الثالث:** ما اختلفت أحواله في البناء والاستئناف، وهو سماع البينة، وله في العزل بعد سماعها ثلاثة أحوال:

**أحدها:** أن يسمعها ولا يحكم بقبولها حتى يعزل: فلا يجوز للثاني أن يحكم بقبولها بسماع الأول حتى يستأنف الشهادة.

**والحال الثانية:** أن يعزل بعد الحكم بقبولها وبعد إلزام الحق الذي تضمنها، فعلى الثاني إذا أشهد الأول على نفسه بإلزام أن يبني على حكم الأول في تنفيذ الإلزام.

**والحال الثالثة:** أن يعزل بعد الحكم بقبولها وقبل الحكم بإلزام ما تضمنها، فلا تخلو حال من شهد عنده من أن يكونوا أحياء أو موتى، فإن كانوا أحياء موجودين، لم يكن للثاني أن يبني على حكم الأول حتى يستأنف سماع الشهادة والحكم، لأن القدرة على شهود الأصل تمنع من الحكم بشهود الفرع، وإن كانوا موتى أو غير موجودين في الأحياء جاز للثاني أن يبني على حكم الأول، فيحكم بالإلزام بحكم الأول بالقبول ؛ لأن تعذر القدرة على شهود الأصل يبيح الحكم بشهود الفرع [1].

**الفرع الثاني: انقضاء سلطة المحكم لسبب يرتبط بإرادة الخصوم**

تنقضي سلطة المحكم في الحالات التالية:

**الحالة الأولى: عــزل المحكّــم**

يمكن أن يتم عزل المحكم من مهمته إما باتفاق أطراف التحكيم أو بقرار من القضاء:

**أولاً: العزل الاتفاقي**

الأصل في العزل الاتفاقي أن يكون مسبوقاً بتعيين للمحكم وسبق قبول له في مهمة التحكيم، وبالتالي لا يُتصوّر ثمة عزل للمحكم إذا كان قد اعتذر عن القبول، أو اشترط أجلاً لتحديد موقفه [2]، وينبني على العزل الاتفاقي أيضاً أن لا يكون العزل إلا باتفاق صريح بين جميع الأطراف الذين اختاروا المحكم، فليس لأي طرف وحده بإرادته المنفردة عزل محكم بعد اختياره، ولو كان هذا المحكم قد تم تعيينه بواسطة هذا الطرَف إعمالاً لاتفاق التحكيم [3].

---

[1] الماوردي، أدب القاضي: ج/ ٢، ص: ٤٠٦- ٤٠٩.
[2] أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته،ص: ١٨٥.
[3] والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٢٥٤- ٢٥٥.

ويتفق القانون بذلك مع رأي ابن الماجشون وبعض المالكية[1] من أنه ليس للطرف عزل المحكم بعد تعيينه بناء على اشتراط دوام الرضا بعد انعقاده [2]، لأن تعيين الحكمين تم باتفاق الطرفين، فلا ينعزل إلا بإرادتهما.

**ثانياً: العزل القضائي**

إذا قبل المحكم مهمة التحكيم، وتعذر عليه أداء مهمته أو لم يباشرها، أو انقطع عن أدائها سواءً بعذر أو بغير عذر على نحو أدى إلى تأخير لا مبرر له في إجراءات التحكيم، ومع ذلك لم يتنحّ المحكم عن مهمته، ولم يتفق الأطراف على عزله، كان لكل طرف أن يطلب من المحكمة إنهاء مهمته، وعادة ما يُطلب عزل المحكم قضائياً إذا امتنع عن مباشرة التحكيم، أو ثبت استخفافه بمهمته أو إهماله، أو تغيب كثيراً عن حضور الجلسات، أو خالف قواعد السلوك التي يجب على المحكمين اتباعها، ولطرف الخصومة المتضرر من العزل أن يطلب إلزام المحكم المعزول بالتعويض، كما أن له أن يُطالب مركز التحكيم الذي يجري التحكيم تحت رعايته بالتعويض إذا كان قد أهمل في رعايته للتحكيم، ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، وتختص بدعوى التعويض المحكمة المختصة وفقاً للقواعد العامة [3].

**الحالة الثانية: ردّ المحكّـم**

سبق الحديث في الفصل السابق عن اشتراط انتفاء التهمة في المحكم حفاظاً على حيدته واستقلاله، وأن للأطراف حقاً بردّ المحكم الذي ثبت بعد تعيينه أنه لا تتوفر فيه صفة الحيدة أو الاستقلال، ويقصد بالردّ في اصطلاحات التقنين: إقالة المحكم جبراً بقرار قضائي بناءً على طلب أحد أطراف التحكيم، لوجود سبب من أسباب الردّ، مثل عدم حيدته أو استقلاله عن أحد طرفي النزاع [4]، وبناءً على هذا التعريف، فإنه إذا أراد أحد أطراف الخصومة التمسك بحقه في ردّ المحكم فلا بدّ من مراعاة الأمور التالية:

**أولاً: وجود سبب حقيقي ومقبول للردّ**

كأن يكون للمحكم مصلحة شخصية في القضية محل النزاع، أو إذا ثبت وجود عداوة أو مودة بين المحكم وأحد الأطراف تحول دون الحكم بغير ميل لأحدهم، أو كانت بين المحكم وأحد

---

[1] الباجي، المنتقى، ج/ ٥، ص: ٢٢٧، الدسوقي، الحاشية، ج/٤، ص: ١٤٠ –١٤١.

[2] وقد تم الحديث عن هذه المسألة في الفصل الثاني، عند الحديث عن مبدأ الرضا في أركان عقد التحكيم، وأن هذا الرأي مخالف لرأي الجمهور الذين يجيزون عزل المحكم ولو بإرادة منفردة مع خلاف بينهم في وقت لزوم العقد وعدم جواز الرجوع عنه قبل الحكم أو بعده

[3] حداد، حمزة، التحكيم في القوانين العربية، ص:٢٤٦ وما بعدها، والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٢٥٤– ٢٥٥.

[4] حداد، حمزة، التحكيم في القوانين العربية، ص: ٢٢٢.

الأطراف قرابةً أو مصاهرة تحول دون ذلك، أو إذا كانت هناك علاقة عمل أو وكالة بينه وبين أحد الطرفين، أو كان المحكم رئيس مجلس إدارة الشركة الطرف في التحكيم، إذ لا يمكن للمحكم عندئذ أن يحتفظ باستقلاله، أو كانت للمحكم مصلحة مالية متعلقة بالنزاع، كما لو كان الطرف شركة، وكان المحكم شريكاً، أو مساهماً فيها، أو مستشاراً لها، أو كان كفيلاً أو دائناً أو مديناً لأحد طرفي الخصومة [١]، ويمكن حصر هذه الأسباب كلها في أن كل ما كان سبباً في ردّ القاضي فإنه يكون سبباً في ردّ المحكم.

ولكن هذه القاعدة التي أصبحت من أعراف التطبيقات الإجرائية في عملية التحكيم لم يسلّم بها البعض، ممن عدوا أن المماثلة بين المحكم والقاضي في أسس نظر النزاع تحمل شيئاً من التعقيد الذي يعد معوّقاً أمام اختيار المحكم من قبل الخصم، فالمحكم وإن كان يملك سلطة وصلاحية مستقلة، إلا أنه في حقيقة الأمر ليس قاضياً رسمياً، والتحكيم في حقيقته قضاء خاص، يمكن بموجبه لأطراف النزاع – كمبدأ عام – مطلق الحرية في تعيين قضاتهم، فهو يقوم على ثقة الأطراف بالمحكم الذي تم اختياره برغبتهم ومحض إرادتهم، فعلى سبيل المثال ؛ قد يكون النزاع حصل بين شقيقين أو بين مجموعة من الأقارب، أو أن يكون شخص ثالث توسط بين طرفي نزاع لتسوية ودية، إلا أنه لم يفلح في ذلك ورغب الطرفان بتسويته بالتحكيم بواسطة الشخص الثالث نفسه، نظراً لمعرفته المسبقة بالنزاع وظروفه، فلماذا يُجبر المحكم على ترك منصة الحكم رغم قدرته على تسوية النزاع بمقدرة عالية [٢]، وهذا النقد يستند إلى الاختلاف بين وظيفة القاضي والمحكم، فعلى الرغم من الطبيعة القضائية التي تميز وظيفة المحكم إلا أن ثمة ما يفرقها عن وظيفة القاضي من النواحي التالية[٣]:

**الأولى:** لا يُعدّ المحكم قاضياً من قضاة الدولة، ولا موظفاً عاماً، وإنما شخص يختاره الخصوم بأنفسهم للقيام بوظيفة قضائية.

**الثانية:** لا يجوز للقاضي الجمع بين وظيفة القضاء ومهنة أخرى بعكس المحكم الذي يجوز له القيام بأعمال أخرى بجانب التحكيم.

---

[1] انظر ما سبق بيانه في شرط الحيدة، الفصل الثاني في موضعه.

[2] جمال، مصطفى محمد و عبد العال، عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية، ص: ٧٦٥-٧٦٦، حداد، حمزة، التحكيم في القوانين العربية، ص: ٢٢٢- ٢٢٤.

[3] أنظر في الفروق: ابن مازة، المحيط البرهاني، ج/ ٣، ص: ٢٦٠٠ " بتصرف "، ابن عابدين، حاشية رد المختار، ج، ٥، ٤٣١، "بتصرف"، حيدر، علي، مجلة الأحكام العدلية، ج/ ٤، ص: ٦٣٧ "بتصرف "، مجموعة مؤلفين، مسؤولية المحكم المدنية عن أخطائه التحكيمية، مجلة الحقوق، المجلد الأول، العدد الثاني، ص: ١٢٦.

**الثالثة:** يشترط في القاضي التمتع بالجنسية الوطنية وذلك بعكس المحكم الذي يمكن أن يكون أجنبياً.

**الرابعة:** لا يلتزم المحكم بحلف اليمين القانونية المقررة في قانون السلطة القضائية والتي يتعين على القاضي حلفها قبل مباشرة مهمته.

**الخامسة:** يجوز عزل المحكم باتفاق الخصوم، بعكس القاضي الذي لا يملك الخصوم عزله بالاتفاق.

**السادسة:** يلتزم القاضي وهو بصدد الفصل في المنازعة بتطبيق حكم القانون تطبيقاً صحيحاً، بصرف النظر عن موقف الخصوم، وهو يخضع في ذلك لرقابة محكمة الاستئناف أو التمييز، في حين لا يلتزم المحكم بذلك حينما يكون مفوضاً بالصلح.

**السابعة:** يتمتع القاضي بسلطة الأمر والقسر، أما المحكم فليس له تلك السلطة.

فبالنظر إلى طبيعة عمل المحكم وطبيعة عمل القاضي لا يُنكر مدى التشابه الكبير في الإجراءات التي يسير فيها أثناء نظر الخصومة بدءاً بتقديم الدعوى وانتهاءً بصدور الحكم، فاختيار المحكم يخضع لضمانات لم تترك للأطراف حرية اختيارها، وهي الشروط التي بدونها يفقد المحكم ولايته، كما أن القرار الصادر عن عملية التحكيم يسمى حكماً باتفاق الجميع يحوز حجية الأمر المقضي به – على ما سأبينه في الفصل التالي بإذن الله– وحتى في الشروط الشكلية الإجرائية نجد التشابه الكبير في تنظيم الدعوى أمام لجنة التحكيم وأمام القاضي، حتى تكاد الفروق لا تذكر بالنسبة لما يتعلق بأمور المداولات ونظام الجلسات، وأن هذا التشابه الكبير هو الذي يفرض القيود التي تضمن سير العملية التحكيمية وفق قواعد العدل وإحقاق الحق، وأن المزايا التي اختص بها التحكيم دون القضاء لا تبرر التنازل عن أسس اعتماد الصفة والشروط التي ينبغي تحريها في شخص المحكم، ولهذا نرى أن الفقهاء قد احترزوا من مثل هذه الاحتمالات، فجعلوا أن وجود القرابة بين القاضي والخصم، أو بين المحكم والخصم لاتمنع من قضائه، وأن العلاقة التي تنشيء التهمة هي العلاقة التي تنتج حكماً في مصلحة أحد الخصوم، ولذلك فرق الفقهاء بين أن يكون الحكم الصادر من المحكم للخصم أو على الخصم، ثم طبقوا ذلك بقاعدة على تفصيلات العلاقات التي قد تنشأ بين الحاكم والمحكوم،فقالوا: إن علة المنع القياس على منعه في الشهادة، فلا تصح مثلاً شهادة الوكيل لوكيله أوالشريك لشريكه، بينما لو تبين وجود عداوة بين المحكم والخصم، وحكم المحكم لعدوه فحكمه صحيح لانتفاء التهمة، وهكذا[1]، فهذا التنظيم الدقيق الذي

---

[1] أنظر: السرخسي، المبسوط، ج/١٦، ص: ١٤٦– ١٤٧، برهان الدين مازة، المحيط البرهـاني،ج/ ٣، ص: ٢٧٤٨، النووي، روضة الطالبين، ج/ ١١، ص: ٢٣٨، محمد عليش، منح الجليل، ج/٨، ص: ٤١٢، ابن

تفرد به الفقهاء يُغني عن إثارة الاعتراضات والانتقادات في ضبط مسؤولية المحكم عن حيدته ونزاهته أمام أطراف النزاع.

ولم نجد القانون النموذجي يشير إلى أسباب عدم الحياد أو إحالتها إلى أسباب رد القضاة كما فعلت كثير من القوانين الحديثة، مكتفياً بتنظيم إجراءات الرد في حال ثبوته، ومشيراً إلى وجوب الإفصاح عن أي سبب يثير الشكوك حول حيدة المحكم واستقلاله [1]، إلا أنه وعناية لأمر الحياد في شخص المحكم فإن القانون النموذجي وفق التنقيحات التي أوردها لسنة ٢٠١٠ أرفق نموذجين لبيان استقلالية المحكم، يقر المحكم في كل منهما بكونه محايداً ومستقلاً عن كل طرف من الأطراف، ويبين فيهما حدود علاقته المهنية والتجارية وعلاقاته الأحرى السابقة واللاحقة، وأي ظروف أخرى ذات صلة، وأن هذه الظروف لا تؤثر على حيدته واستقلاله، وأن يتعهد بتبليغ الأطراف عن أي ظرف يفطن له فيما بعد أثناء التحكيم [2].

**ثانياً: وجوب الالتزام بالإجراءات المتعارف عليها في الردّ.**

وهي إجراءات تنظيمية تعتمد على تغير الظروف التي تحيط بالمعاملات المالية وطبيعة النزاع المرتبط بالدول، وتراعي كون التحكيم وطنياً أو دولياً، ولذلك لا نجد إجراءات إلزامية عند الفقهاء في ردّ المحكم، وإنما هي إجراءات تخضع للسياسة الشرعية التي تراعي اختلاف الزمان وحاجة الأفراد إلى تنظيمات جديدة تحقق مصالحهم، وبالنسبة للقانون النموذجي: فإن إجراءات رد المحكم هي ذاتها إجراءات الاستبدال القائمة على إحالة الأمر إلى سلطة التعيين [3]، ويدعو الأطراف إلى التنازل بأقصى مدى ممكن أن يسمح به القانون الواجب التطبيق عن أي ادعاء على المحكمين أو سلطة التعيين، وأي شخص تعينه هيئة التحكيم بسبب أي فعل أو تقصير متعلق بالتحكيم، ويستثنى من ذلك ما لو تبين بوجه صريح الخطأ المتعمد من أحد أعضاء هيئة التحكيم [4]، ويبدو أن القانون النموذجي يحاول بذلك تطويق كثير من الحالات التي قد يكون فيها طلب رد أحد المحكمين يهدف إلى تعطيل سير الإجراءات أو التملص من قرارات التحكيم،

---

قدامة، المغني، ج/١٠، ص: ١٨٢، قمحة، أحمد والسيد، عبد الفتاح، شرح لائحة الإجراءات الشرعية، ص: ٤٦٢ -٤٦٦.

[1] القانون النموذجي ( اليونسترال )، المواد: ( ١١ – ١٣ ).

[2] أنظر ملحق القانون النموذجي في قائمة الملاحق.

[3] إلا أن نصوص القانون السابق لسنة ٢٠٠٦ كانت تنص صراحة على أنه يمكن للأطراف أن يتفقوا على إجراءات ردّ المحكم، فإذا لم يُقبل طلب الرد المقدم وفقاً للإجراءات المتفق عليها بين الطرفين، فإنه يحيل طلب الرد ذاته إلى المحكمة أو السلطة التي يحددها قانون الدولة في اختصاص النظر بطلب الرد، ولعل توجه القانون في تنقيحاته الجديدة يهدف إلى تضييق مجال الاعتراض على هيئة التحكيم، حرصاً منه على عدم وجود الدعاوى الكيدية التي من شأنها تعطيل الدعوى.

[4] القانون النموذجي (اليونسترال )، المادة: ( ١٦ ).

وإعطاء حصانة وحماية للمحكم أمام هذه الادعاءات التي لا تبدي أكثر من مجرد اسياء على قرارات المحكمين، ويدلّ نص المادة السابق ذكره – كما يفهم من عبارة " الخطأ المتعمد ": عدم إعفاء المحكم من المسؤولية تجاه التقصير المتعمد أو الخطأ المقصود، وعندها يؤاخذ بتقصيره، وفي تنظيمات القوانين الوطنية ينبغي أن يراعى عند ردّ المحكم الأمور التالية [١]:

**أولا:** الالتزام بمدة تقديم طلب الردّ، وهي خمسة عشر يوماً تبدأ من تاريخ علم طالب الردّ بتشكيل هذه الهيئة في حالة ما إذا كان طالب الردّ يعلم بسببه في هذا الوقت، أو من تاريخ العلم بسبب الردّ إذا ما تحقق العلم به في وقت لاحق لتشكيل الهيئة

**ثانيا:** أن يكون طلب الردّ مكتوباً وأن يبين به أسباب الردّ، فلا يكفي إبداؤه شفاهةً، ويجوز أن يتم تقديمه في الجلسة أو إرساله إلى هيئة التحكيم بطريق آخر يتفق عليه الطرفان أو تكون هيئة التحكيم قد قررته شكلاً لإجراءات التحكيم.

**ثالثا:** لا يُقبل طلب الردّ ممن سبق له تقديم طلب بردّ المحكم نفسه في ذات التحكيم ورفض طلبه، منعاً من تعطيل إجراءات التحكيم، ولكن لا مانع من أن يقدم طلباً بالردّ في ذات التحكيم من طرف آخر، أو أن يقوم نفس الطرف بردّ ذات المحكم في تحكيم آخر، أو بردّ محكم آخر في ذات التحكيم.

**رابعا:** لا تُلزم هيئة التحكيم بالفصل في طلب الرد إذا ما تنحى المحكم المطلوب ردّه من تلقاء نفسه، كما يصح التنازل عن طلب الردّ من الخصم الذي قبل طلب رده، لأن أحكام الردّ ليست من النظام العام.

فإذا تمت الموافقة على الطلب وتم رد المحكم، فإن الحكم يكون غير قابل للطعن، ولا يحق للمحكم عندئذ الإصرار على إكمال إجراءات التحكيم، وحسبه أن يرفع دعوى تعويض على طالب الردّ إن قدّر محلاً لذلك، أما إذا رُفض طلب الردّ فيكون لطالب الرد الحق بالطعن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلمه لإشعار الرفض، وريثما يتم الفصل في هذا الطلب يجوز لهيئة التحكيم وضمنها المحكم المطلوب رده أن تواصل إجراءات التحكيم، ويوافق ذلك عند الفقهاء[٢] القياس على مسألة عزل الخليفة للقاضي ؛ فلو أن الخليفة عزل قاضياً من قضاته، فقضى ذلك الرجل بقضايا قبل أن يصل إليه كتاب عزله كان قضاؤه نافذاً ماضياً، وله أن يحكم إلى أن يصل

[1] أنظر: القانون النموذجي (اليونسترال )، المادة: ( ١٣ / ١-٣ )، والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٢٦٢ وما بعدها، جمال، مصطفى محمد و عبد العال، عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية، ص: ٧٦٩ وما بعدها، مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، ص: ١٠٢ وما بعدها.

[2] الخصاف، أدب القاضي، ج/٣، ص: ١٥١، الماوردي، أدب القاضي، ج/ ٢، ص: ٤٠٠، ابن فرحون، تبصرة الحكام،ج/ ١، ص: ٦٩.

إليه كتاب عزله، أو يقدم قاضٍ مكانه، لأن الخطاب من الشرع إنما يثبت حكمه في حقّ المخاطب إذا بلغه فكذا الخطاب من العبد مالم يبلّغ لا ينعزل، والبلوغ بالعلم، وأصل المسألة قضية أهل قباء في تحويل القبلة[1]، ففي الصحيحين من حديث ابن عمر – رضي الله عنه قال: "بينا الناس بقباء في صلاة الصبح إذ جاءهم آت فقال: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنزل عليه الليلة قرآن، وقد أمر أن يستقبل الكعبة فاستقبلوها، وكانت وجوههم على الشام فاستداروا إلى الكعبة"[2]، وقياساً على الوكيل إذا عقد بعد عزله وقبل علمه – فتصرفات الوكيل نافذة قبل علمه بالعزل– ثم إن عدم إلحاق الضرر بالمحكوم عليهم غاية مقصودة، فلا ينبغي إبطال الإجراءات التي تسبق قرار الردّ وعلم المحكم به ؛ منعاً من إلحاق الضرر بالخصوم.

## المطلب الثاني: العوارض المتعلقة بالنزاع

قد يرد عارض يتعلق بالنزاع لا علاقة له بالمركز القانوني لهيئة التحكيم، مما يؤدي إلى توقف الإجراءات مدة معينة أو انقطاع السير في النزاع وفق ظروف الخصومة موضوع النزاع، وتتشابه الأصول الإجرائية المتبعة في كلتا الحالتين مع الأصول الإجراعية المتبعة في المحاكم ؛ مع بعض الصلاحيات التي يمتلكها المحكّم في التعامل مع تلك الإجراءات بما يخدم عملية التحكيم ولا يطيل أمد الخصومة في غير ما ينبغي، وهي:

### الفرع الأول: وقف إجراءات التحكيم

وقف الإجراءات أو وقف خصومة التحكيم هو عدم سيرها لسبب معين حتى يزول هذا السبب، وإذا وقفت الخصومة ؛ فإنها تعد – رغم الوقف – قائمة ؛ سواءً من حيث كون طلب التحكيم مُرتّباً لآثاره، أو من حيث احتفاظ كل طرف بمركزه القانوني، ولكن يمكن القول إن هذه الخصومة يصيبها الركود، فلا يجوز لأي من أطرافها أو للهيئة القيام بأي نشاط فيها، ويترتب على وقف الخصومة وقف ميعاد التحكيم، ولو كان ميعاداً اتفاقياً أو ميعاداً إضافياً قررته هيئة التحكيم أو قررته المحكمة، وتُستكمل المدة الباقية من الميعاد بعد زوال سبب الوقف[3]، وقد يكون وقف خصومة التحكيم اتفاقياً، وقد يكون بقرار من هيئة التحكيم أو بقوة القانون:

#### الحالة الأولى: وقف إجراءات التحكيم بطريقة اتفاقية

---

[1] الخصاف، أدب القضاء،ج/٣، ص: ١٥١ –١٥٢.

[2] أخرجه البخاري، حديث رقم: (٣٩٥ )، باب ماجاء في القبلة، ج/ ١، ص: ١٥٧، ومسلم، حديث رقم: ( ٥٢٦ )، باب تحويل القبلة من القدس إلى الكعبة، ج/ ١، ص: ٣٧٥.

[3] والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٣٧٩.

من الجائز أن يتفق جميع الخصوم في أية حالة تكون عليها الإجراءات على وقف السير في الخصومة أمام المحكم، فيضرب المحكم للخصوم أجلاً يتناسب مع مطالبهم أو الحالة المستدعية لذلك الإيقاف، وهذه من المعاملات التي تراعى بعد بدء الخصومة، إما لأجل مراجعة الوضع المالي أو مراجعة البينة أو إحضارها [١]، ويعتبر متأخرو الحنفية هذا التصرف من باب الأدب لا من باب الإلزام بالنسبة لموافقة القاضي على طلب الإمهال، ولهذا أخضعوه لتقدير القاضي في أنه إذا لم يجد ضرورة من الإمهال فإنه لا يوافق على الطلب ولا يوقف الخصومة، وإن اقتنع بوجهة نظر الخصم أجل الدعوى ثلاثة أيام ؛ ووجه الأيام الثلاثة لأن جلسات القضاء كانت تعقد كل ثلاثاء وجمعة، فإن كان يجلس كل يوم وأمهله هذه المدة جاز [٢]، فيما لا يجيز الشافعية مدد الإمهال لأكثر من ثلاثة أيام، منعاً للضرر الناشيء من التأخير [٣]، إلا أن القاعدة الفقهية المقررة: أنه لا يُنكر تغير الأحكام بتغير الأزمان، فقد يحتاج الخصوم لأكثر من هذه المدة لمراجعة وحساب شؤونهم بالنسبة لموضوع النزاع، ولذلك ضربت المحاكم في التنظيمات الحديثة حداً أقصى لوقف الخصومة بناءً على الطلب بأن لا تتجاوز مدة ستة أشهر من تاريخ إقرار المحكمة لاتفاقهم، ولا يجوز لأي من الخصوم أن يطلب خلال تلك المدة إعادة قيد الدعوى إلا بموافقة خصمه [٤]، وبالقياس فإن على المحكم إقرار الاتفاق على الوقف مدة من الزمن حددتها بعض القوانين بأن لا تتجاوز مدة الستة أشهر، من تاريخ إقراره لاتفاقهم، قياساً على القضاء، على أن هذا الميعاد ليس بأمر إلزامي، لأن علة تقرير الميعاد المقرر وحكمته لا تتمشى مع الخصومة في التحكيم، لأن الأصل من الميعاد عدم المماطلة ومنع تكدس القضايا أمام القاضي، في حين أن امتداد أجل الوقف في التحكيم لأكثر من ستة أشهر لا يضر الخصوم ما دام قد تم بموافقتهم جميعاً، ولا يكون لهذا الوقف أثر في أي ميعاد حتمي يكون القانون قد حدده لإجراء ما، وإنما الميعاد المتقدم يوقف الميعاد المقرر اتفاقاً أو قانوناً لإصدار حكم المحكم، وبانقضاء مدة الوقف الاتفاقي يستكمل ميعاد التحكيم سريانه بالاعتداد بالمدة السابقة على الوقف، ويكون من الجائز تعجيل الخصومة أمام المحكم، وتأسيساً لما سبق فإنه ولكي يُرتب الاتفاق على الوقف أثره أن يتم بين جميع أطراف التحكيم، وأن يصدر به قرار من هيئة التحكيم، وعلى الهيئة إقرار ما اتفق عليه الأطراف من وقف أياً كان سببه، على أن لها –هيئة التحكيم – إنقاص ميعاد الوقف إلى

---

[1] برهان الدين ابن مازة، المحيط البرهاني، ج/ ٣، ص:٢٥٢٩، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج/١، ص: ١٤٠، النووي، روضة الطالبين، ج/١٢، ص: ١٣.

[2] محمد بن شهاب، الفتاوى البزازية، ج /١، ص: ٤٧٩.

[3] ابن أبي الدم، أدب القضاء، ج/١، ص: ٥٨٨.

[4] مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، ص: ٢٧٨.

مدة معقولة إذا وجدت أنه يؤدي إلى إطالة أمد الخصومة أمام الهيئة دون مبرر، ولا يوجد ما يمنع أطراف التحكيم من الاتفاق على الوقف أكثر من مرة أثناء الخصومة[١].

**الحالة الثانية: وقف إجراءات التحكيم بقرار من هيئة التحكيم**

وفي هذا النوع يكفي لتحقق الوقف صدور قرار به من هيئة التحكيم، دون حاجة لاتفاق الأطراف على الوقف، واعتبر الفقهاء أن أهم أسبابه أن يشتبه الأمر على الحاكم أو يقع في نفسه ارتياب فيما أبداه أحد الخصوم من حجج، فله تأخير الحكم ليبحث عن الحق، ويوالي الكشف، فيجتهد في ذلك بحسب قدرته حتى يتبين حقيقة الأمر في تلك الدعوى، أو تنتفي الشبهة، ويلزمه ذلك لأنه مأمور بفهم القضية قبل إصدار الحكم فيها، وممنوع من المجازفة، خصوصاً فيما لا نص فيه من الحوادث، وهو ما أكده عمر بن الخطاب رضي الله عنه في رسالته لأبي موسى الأشعري: " فافهم إذا أدلي إليك "[٢]، ولا يجوز للهيئة إصدار قرار بوقف الخصومة إلا حيث يخولها القانون أو الأطراف هذه السلطة، وليس المقصود بالوقف جزاءً، لأن الوقف الجزائي في الخصومة أمام المحاكم لا مجال له في خصومة التحكيم، ذلك أن المحكم لا يملك سلطة توقيع أي جزاء، وإنما يملك فقط سلطة وقف الخصومة إلى حين الفصل في مسألة أولية، ويتحقق ذلك بشرطين:

**الأول:** أن تكون المسألة الأولية قد خرجت عن نطاق ولاية هيئة التحكيم، ودخلت في ولاية المحكمة، سواءً كانت محكمة دولية أو أجنبية، أو ولاية هيئة تحكيم أخرى، ومن أمثلة المسائل الأولية: أن يكون قد طعن أمام محكمة مختصة بتزوير ورقة مقدمة للهيئة كمستند في الدعوى، أو اتخذت إجراءات جنائية عن تزويرها أو عن حادث جنائي آخر، ومن مثل المسائل الأولية دستورية نص قانوني أو صحة أو بطلان قرار إداري، أو مسألة أحوال شخصية يعد الفصل فيها لازما للفصل في النزاع حول الحق المالي محل التحكيم.

**الثاني:** أن تقدر الهيئة أن الفصل في تلك المسألة الأولية يعد لازماً للفصل في الدعوى، فإن لم تقدر الهيئة أن هذه المسألة لازمة في الفصل في موضوع النزاع فلها أن تستمر في نظر الموضوع، ولا توقف خصومة التحكيم، ومعنى اللزوم: أن يكون هناك ارتباط بين المسألة الأولية والدعوى التي تنظرها الهيئة يجعل من الفصل في هذه المسألة مفترضاً ضرورياً لإمكان الفصل في الدعوى، ويدخل في تقدير الهيئة أيضاً ما لو كانت المسألة الأولية جدّية، فإن قدرت

---

[1] أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته،ص: ٢٤٩ – ٢٥٠، والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٣٧٩ – ٣٨٠

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج/١، ص: ٢٥، ٤٨، انظر: ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى، ص: ٤٧٧ – ٤٧٨.

الهيئة عدم جدية هذه المنازعة فلها ألا تأمر بوقف الخصومة، ويتضمن قرار الهيئة بالحكم بوقف الدعوى حكماً قطعياً بعدم جواز الفصل في موضوع الدعوى قبل الفصل في المسألة الأولية من المحكمة المختصة بها، وعليه فإنه لا يجوز للهيئة قطع قرار الوقف لتفصل هي في المسألة الأولية، ولا أن تنظر في موضوع الدعوى قبل أن يقدم لها ما يدل على الفصل نهائياً في المسألة الأولية من المحكمة المختصة بالفصل فيها[١].

**الحالة الثالثة: الوقف بقوة القانون**

ويتحقق هذا النوع من الوقف بمجرد توافر سببه، دون حاجة إلى اتفاق الطرفين على الوقف أو قرار به من هيئة التحكيم، ويكون في الحالات التي ينكر فيها الخصوم أو أحدهم سلطة المحكم في فض النزاع سواءً لسبب يتعلق بشخصه ؛ كأن تُرفع الدعوى برده أو بعدم صلاحيته، أو لسبب يتعلق بعقد التحكيم ؛ كأن يحصل التمسك أمام المحكمة ببطلانه لأي سبب من الأسباب المبطلة له[٢].

**الفرع الثاني: انقطاع السير في الإجراءات**

تُحال أحكام انقطاع السير في الخصومة إلى قوانين أصول المحاكمات، وبمجرد قيام سبب من أسباب محددة نصت عليها قوانين أصول المحاكمات، تنقطع الحكومة بقوة القانون، وتطبق عليها قواعد الانقطاع وما يترتب عليها من آثار.

وأسباب انقطاع الخصومة على سبيل الحصر ثلاثة [٣]:

**الأول:** وفاة أحد الخصوم: فعندئذ يصبح ورثة المتوفى أطرافاً في الخصومة، كالخلفاء في مركز الخصم، لأن الوارث خليفة المورث والوصي نائب عن الميت، فيكون قائماً مقام الميت، ألا ترى أن الطالب لو أقام بينة بالحق على الميت كان الوارث والوصي هو الخصم [٤]، وتنقطع الخصومة حتى يعلموا بوجودها ويتمكنوا من الدفاع عن مصالحهم فيها، ويأخذ حكم الوفاة زوال الشخص الاعتباري وحلول غيره محله أو خلافته.

**الثاني:** فقد أحد الخصوم أهليته الإجرائية: فإذا تم الحجر على خصم لجنون أو سفه، فإن الخصومة تنقطع،حتى يعلم القيم عليه بالخصومة ويتمكن من الدفاع عن مصلحته.

---

[1] أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته،ص: ٢٥٠ – ٢٥١، والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٣٨١ – ٣٨٢.

[2] والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٣٨٣.

[3] أنظر في هذه الأسباب: قمحة، أحمد والسيد، عبد الفتاح، شرح لائحة الإجراءات الشرعية، ص: ٤٥٥ – ٤٥٦.

[4] برهان الدين مازة، المحيط البرهاني، ج/ ٣، ص: ٢٦٢٧.

**الثالث:** زوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه من النائبين: فإذا بلغ الخصم القاصر سن الرشد، أو توفي الولي أو الوصي أو عزل أو فقد أهليته، أو عزل القيم على الخصم المحجور عليه، فإن الخصومة تنقطع حتى يعلم الخصم بالحكومة ليتولى هو مباشرتها بنفسه أو بواسطة وكيل عنه، أو يتم تعيين ولي أو وصي أو قيّم جديد غير الولي أو الوصي أو القيم الذي زالت صفته ليتولى الدفاع عن الخصم [١].

وتخضع أحكام انتقال الخصومة من الخصم الذي زالت صفته أو أهليته إلى من يليه بمبدأ النيابة أو الولاية الشرعية، وهي: قيام شخص مقام آخر في التصرف عنه، بحيث تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل في التصرف [٢]، والأصل – كما بينه الإمام الشاطبي – أن ذات المطلوب هو الذي يحدد إذا كان الأمر قابلاً للنيابة أو غير قابل له:

فالمطلوب الشرعي ضربان: أحدهما ما كان من قبيل المعاملات الجارية بين الخلق في الإكتسابات وسائر المحاولات الدنيوية التي هي طرق الحظوظ العاجلة كالعقود على اختلافها والتصاريف المالية على تنوعها، والثاني: ما كان من قبيل العبادات اللازمة للمكلف من جهة توجهه إلى الواحد المعبود.

فأما الأول: فالنيابة فيه صحيحة، فيقوم فيها الإنسان عن غيره وينوب منابه فيما لا يختص به منها، فيجوز أن ينوب منابه في استجلاب المصالح له ودرء المفاسد عنه بالإعانة والوكالة ونحو ذلك مما هو في معناه ؛ لأن الحكمة التي يطلب بها المكلف في ذلك كله صالحة أن يأتي بها سواه كالبيع والشراء والأخذ والإعطاء والإجارة والخدمة والقبض والدفع وما أشبه ذلك ما لم يكن مشروعاً لحكمة لا تتعدى المكلف عادة أو شرعا ؛ كالأكل والشرب واللبس والسكنى، وغير ذلك مما جرت به العادات، وكالنكاح وأحكامه التابعة له من وجوه الإستمتاع التي لا تصح النيابة فيها شرعاً، فإن مثل هذا مفروغ من النظر فيه لأن حكمته لا تتعدى صاحبها إلى غيره، ومثل ذلك وجوه العقوبات والإزدجار لأن مقصود الزجر لا يتعدى صاحب الجناية ما لم يكن ذلك راجعا إلى المال فإن النيابة فيه تصح [٣].

---

[1] قمحة، أحمد والسيد، عبد الفتاح، شرح لائحة الإجراءات الشرعية، ص: ٤٥٥ – ٤٥٦.

[2] الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج/ ٢، ص: ٨٤٤ – ٨٤٥، ويفرق الزرقا بين **الولاية والنيابة**، فيعتبر أن النيابة لها معنى أوسع من الولاية، لأن النيابة قد تكون اختيارية وقد تكون إجبارية، فالاختيارية هي: الوكالة ؛ التي موضوعها تفويض التصرف إلى الغير، وأما الإجبارية فهي الولاية التي يفوض فيها الشرع أو القضاء التصرف لمصلحة القاصر بالنيابة عنه إلى شخص آخر، وذلك الولي النائب يعد هو الممثل الشرعي للقاصر، فيقوم مقامه في جميع الشؤون التي تقبل النيابة، من عقود وأفعال ومخاصمات في الحقوق، فتكون الولاية من باب النيابة الإجبارية.

[3] الشاطبي، الموافقات، ج/ ٢، ص:٢٢٧ – ٢٢٨.

وعليه فإن النائب يمكن أن يحمل ذات الصفة التي كانت للأصيل في حال زوال الوصف عنه، فيكون نيابة عنه ذا شأن في الخصومة، ويباشر السير في الخصومة عند النقطة التي وصلت إليها.

ويترتب على مجرد تحقق سبب الانقطاع بعد بدء الإجراءات وقف سير الخصومة بقوة القانون، بصرف النظر عن علم الخصم بهذا السبب، ودون حاجة لصدور حكم بالانقطاع من هيئة التحكيم، ويعتبر انقطاع الخصومة صورة خاصة من صور وقف الخصومة بقوة القانون، يترتب عليه آثاره، ويمتنع على هيئة التحكيم القيام بأي إجراء من إجراءات التحقيق حتى يزول سبب الانقطاع، وبالتالي فإنه يحق لكل خصم التمسك بهذا الانقطاع لتفادي السير في خصومة مهددة بالبطلان، كما يتوقف الميعاد المقرر الذي يوجب على المحكم أن يحكم في خلاله، ولا يستأنف الميعاد المتقدم سيره إلا إذا أعلن وارث المتوفي أو من يقوم مقام فاقد الأهلية أو فاقد الصفة بقيام الخصومة ومباشرة السير فيها، والذي يقوم بإعلان هؤلاء هو الخصم الآخر، وليس ثمة ما يمنع من قيام المحكم بذلك، عن طريق إخطار ورثة المتوفى أو من في حكمهم بصورة هو يراها، بشرط ان تكون قاطعة من علم هؤلاء بقيام الخصومة أمامه، ولا يملك المحكم استئناف نظرها إلا بعد التحقق من علم طرفي الخصومة بها وبتاريخ نظرها[1].

وإذا كان الخصوم قد أبدوا أقوالهم وطلباتهم الختامية أمام المحكم قبل ورود سبب الانقطاع، فإن المحكم يملك الحكم بموجب تلك الأقوال والطلبات، أما إذا بدا له أن يستجوب أحد الخصوم أو أن يسأل أحد الشهود أو أن يقوم بإجراء أي تحقيق – وجب عليه إخطار جميع الخصوم أو من يقوم مقامهم بالجلسة الجديدة التي يحددها لنظر الدعوى بعد قيام سبب الانقطاع، وعليه عندها أن يتحقق من تلقاء نفسه من صفاتهم وصحة تمثيلهم للخصوم[2].

أما إذا أصدر المحكم حكمه – على الرغم من قيام سبب انقطاع الخصومة – ودون إخبار من يقوم مقامه الخصم الذي توفي أو فقد أهليته للخصومة أو زالت صفته بقيام الخصومة ؛ فإن حكمه يكون باطلاً بطلاناً مقرراً لمصلحة هؤلاء وحدهم، دون الطرف الآخر من الخصومة،

---

**فإن كان المطلوب  دائرا بين الأمر المالي وغيره فهو مجال نظر واجتهاد ؛ كالحج والكفارات فـالحج بنـاء على أن المغلب فيه التعبد فلا تصح النيابة فيه أو المال فتصح، والكفارة بناء على أنها زجر فتختص أو جبر فلا تختص، وكالتضحية في الذبح بناء على ما بني عليه فى الحج وما أشبه هـذه الأشـياء، فالحاصـل أن حكمـة العاديات إن اختصت بالمكلف فلا نيابة وإلا صحت النيابة، وهذا القسم لا يحتاج إلى إقامة دليل لوضوح الأمـر فيه.أ.هـ.، انظر تفصيل المسألة المتبقية في أمر العبادات: الموافقات، ج/ ٢،ص: ٢٢٨ – ٢٢٩.

[1] أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته،ص: ٢٥٥ – ٢٥٦، والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٣٩٠ – ٣٩٣

[2] أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته،ص: ٢٥٥ – ٢٥٦، والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٣٩٠ – ٣٩٣

وذلك لأن هذا البطلان مقرر لمصلحة من قام به سبب الانقطاع من الخصوم حتى لا يصدر الحكم في الدعوى في غفلة منه، ويستوي أن يكون المحكم عالماً بقيام سبب الانقطاع أو غير عالم به، كذلك يستوي علم الخصم الآخر به أو جهله له، لأن المقصد الذي حددت لأجله قواعد انقطاع الخصومة حماية الخصم الذي قام به سبب الانقطاع، دون الاعتداء بحسن نية الطرف الآخر أو جهله بقيام سبب الانقطاع [١].

**الفرع الثالث: انتهاء خصومة التحكيم بغير حكم في الدعوى**

تنتهي إجراءات التحكيم بصدور قرار من هيئة التحكيم في الحالات التالية:

**أولاً: إذا اتفق الطرفان على إنهاء التحكيم:** فيجوز لطرفي خصومة التحكيم قبل صدور الحكم المنهي للخصومة، وفي أي حال كانت عليه الإجراءات، الاتفاق على وضع حدّ لخصومة التحكيم وإنهاء إجراءاتها، ويجب أن يتم هذا الاتفاق بين جميع الأطراف، فإذا اتفق البعض دون البعض الآخر، فإن الأخير لا يلتزم بهذا الاتفاق، ولا يرتب الاتفاق أثره القانوني في إنهاء الإجراءات، ويجب أن يتم الاتفاق من الطرف نفسه أو ممن يوكله توكيلاً خاصاً، وإذا صح الاتفاق، فإنه يلزم هيئة التحكيم إصدار قرار بإنهاء الإجراءات، وليس لها أي سلطة تقديرية في هذا الشأن، فإن تجاهل المحكمون هذا الاتفاق، رغم تقديمه لهم ؛ وأصدرت الهيئة حكماً في النزاع فإن هذا الحكم يكون باطلاً [٢]، والعلة في ذلك أن التحكيم عقد رضائي قائم على إيجاب الطرفين له، فيصح الرجوع عن الاتفاق بإرادة الطرفين معاً.

---

[1] المراجع السابقة.

[2] والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٣٨٨ – ٣٨٩، القانون النموذجي، ( اليونـــسترال )، المادة ( ٣٦ / ١ – ٢ )

**ثانياً: إذا ترك المدعي خصومة التحكيم**، مالم تقرر هيئة التحكيم بناءً على طلب المدعى عليه أن له مصلحة جدية في استمرار الإجراءات [١]، والعلة في ذلك أنه وبعد بدء الإجراءات وتقديم الطلبات والشروع في الدعوى والجواب قد تنقلب المراكز القانونية فقد يصبح المدعي الأصلي في مركز المدعى عليه إذا تقدم المدعى عليه الأصلي بدفع صحيح للدعوى الأصلية، وبالتالي لا يُسمح له بالرجوع إذا كان الطرف الآخر قد أبدى دفعاً لهذه الدعوى[٢]، ومن حق المطلوب أن يلزمه بإتمام الخصومة إلى أن ينتهي الحكم [٣]، خصوصاً إذا تعلق حقه بالدعوى وكان للمدعى عليه مصلحة ظاهرة في عدم الموافقة على إنهاء الخصومة كأن يؤدي إلى حرمانه مما يريد الحكم له به، وكأن المدعي لا يريد من إنهاء الخصومة إلا هضم حقّ خصمه والتملص من الحكم عليه به [٤]، وعليه فإن الترك يكون صحيحاً ومرتباً لآثاره إذا توفرت الشروط التالية:

**الشرط الأول:** أن يصدر من المحتكم وهو المدعي الذي بدأ الخصومة، فله وحده أن يتركها، وهذا تقرير قول الفقهاء في أن مشيئة المدعي لا تتقيد بمجلس الحكم، فله إمهال المدعى عليه إلى الأبد بل له الانصراف وترك الخصومة بالكلية [٥]، وليس للمحتكم ضده ترك الخصومة ولو كان قد قدم طلباً مقابلاً، إذ يكون له فقط أن يتنازل عن هذ الطلب، فيعتبر كأن لم يكن، وتبقى خصومة التحكيم قائمة.

**الشرط الثاني:** أن تتوافر لدى من يقوم بالترك الأهلية الإجرائية الكاملة، فإن تم الترك من وكيل المحتكم فيجب أن تكون لديه وكالة خاصة تجيز له الترك، فليس له بموجب توكيل عام ترك الخصومة.

**الشرط الثالث:** أن يكون إعلان إرادة الترك صريحاً، فلا يُستفاد التارك ضمناً من سلوك يدل عليه.

**الشرط الرابع:** ألا يكون الترك معلقاً على شرط، أو مقترناً بتحفظ، فليس للمحتكم أن يترك الخصومة مشترطاً أن يرتب الترك بعض آثاره دون البعض الآخر.

---

[1] * والفرق بين **الترك وبين النزول عن الإجراءات:** أن الترك لا يكون إلا من المدعي، وينصب على الخصومة برمتها، أما النزول فقد يتم من المدعي أو من المدعى عليه، وقد يرد على إجراء معين من إجراءات الخصومة، كما لو قدم المدعي طلباً إضافياً ثم تنازل عنه، أو قدم المدعى عليه دفعاً ثم تنازل عنه، وهذا التنازل جائز ويرتب أثره بمجرد إعلانه دون نظر لمصلحة الطرف الآخر، ويؤدي إلى اعتبار الإجراء المتنازل عنه كأن لم يكن، مع بقاء الخصومة.المرجع السابق، ص: ٣٨٩.

[2] ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى، ص: ٦٩٦ – ٦٩٧.

[3] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص: ٤٠.

[4] قمحة، أحمد والسيد، عبد الفتاح، شرح لائحة الإجراءات الشرعية، ص: ٤٦١.

[5] أنظر: ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى، ص: ٦٩٦، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج/٢١، ص: ٣٣٥.

**الشرط الخامس:** ألا تكون للمحتكم ضده مصلحة جدية في استمرار الخصومة، فإن كان له مصلحة جدية فلا يكون الترك إلا بقبوله حتى يحسم النزاع، وعليه أن يقدم الدليل على توافر هذه المصلحة، وإلا فلا يلتفت لمجرد اعتراضه على ترك المدعي للخصومة.

**ثالثاً: أن يتفق الخصوم على إنهاء الإجراءات بالصلح:** فإذا نجح الأطراف في تسوية النزاع صلحاً لم يعد لاستكمال إجراءات التحكيم حاجة، ولا يكون انتهاء الإجراءات بقرار من المحكمين يثبت اتفاق الصلح كما في المحاكم، إنما يكفي الإشارة إلى انتهاء الإجراءات بالتسوية بين الخصوم وأن يكون مكتوباً ويحمل توقيع أعضاء الهيئة، ويتم تسليم صور منه لأطراف الخصومة [١].

[1] والي، فتحي،الوسيط في قانون القضاء المدني، ص: ٦١٠ وما بعدها، حيدر، علي، مجلة الأحكام العدلية، ج/ ٤، ص: ٦٣٧ – ٦٣٨، القانون النموذجي، ( اليونسترال )، المادة ( ٣٦ / ٣ ).

## المبحث الثالث: سلطة هيئة التحكيم واختصاصها في إجراءات التحكيم

تعدّ السلطة التي أنيطت بهيئة التحكيم مثار جدل في واقع تطبيق الحكومة على الخصوم، ذلك أن المركز القانوني للمحكم يتنازعه أمران: الأول: السلطة التي هي بمعنى القدرة على الإلزام والسيطرة المستمدة من ولاية القضاء، ومظهرها نفاذ مقتضيات الولاية من التنفيذ والإلزام، والثاني: التفويض القائم على الرضائية بين المحكم والمحتكم من خلال العقد الذي اكتسب فيه المحكم مركزه القانوني، ومظهرها الالتزام بالتصرف الذي يوجهه إليه من فوضه إلى ممارسة عمله وهم أطراف النزاع، ولذلك نجد اختلاف الفقهاء في تحديد سلطة المحكم بما ينزع رأي المذهب في تغلب جانب على جانب، فمن يعطي المحكم صلاحيات واسعة تماثل صلاحيات القاضي نزع إلى الطبيعة الولائية (السلطة القضائية) في تأسيس مثل هذه الصلاحيات، ومن قيد صلاحيات المحكم وممارساته وضيق نطاق نفوذه نزع إلى تغليب الطبيعة العقدية في العلاقة بين المحكم والمحتكم، فمثلاً ذهب جمهور الفقهاء [١] إلى أن المحكم لا يملك الحبس وليس له استيفاء العقوبة وليس له الترسيم ولا التعزير، والعلة في التقييد أنه ؛ أي المحكم ممنوع من مضاهاة القاضي، لأن وظيفته الإثبات والحكم فقط، فإذا أجيز له مثل هذه الصلاحيات كان ذلك خرقاً للولاية العظمى وهي الحاكمية العامة للدولة [٢]، في المقابل فإن التحكيم يجد أساسه في إرادة الأطراف وهو ما يدفع التصور بإمكانية إيجاد ممارسات تحكيمية تدور حول الانفصال التام عن الجهاز القضائي التابع للدولة [٣]، وذلك أن القاعدة الفقهية المقررة: العقد شريعة المتعاقدين، قد تكون منفذاً مميزاً لإعطاء المحكم الصلاحيات وفق الإرادة الممنوحة من الأطراف، وهنا تطرح التساؤلات التالية: هل هذا الطابع المميز للتحكيم من شأنه منح الاختصاص للمحكم بالفصل في المنازعة المعروضة عليه وفقاً للتحديد الذي قامت الأطراف المتنازعة بطرحه عليه فقط ؟ أم أن لديه سلطته في النظر بالمسائل الوقتية والتحفظية المتصلة بالمنازعة، وما مدى سلطته في قبول البينات أو ردها أو البت في أحكام اختصاصه، نجيب على هذه التساؤلات من خلال المطالب التالية:

---

[1] ابن عابدين، حاشية رد المختار، ج/ ٥، ص:٤٣٢، الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج/٤، ص: ١٩٨، الشربيني، مغني المحتاج، ج/ ٤، ص: ٣٧٩، ابن أبي الدم، أدب القضاء، ج/١، ص: ٤٣٠، المرداوي، الإنصاف،ج/١١، ص: ١٩٨.

[2] الرملي، حاشية الرملي، ج/٤، ص:٢٨٨، البجيرمي، حاشية البجيرمي على منهج الطلاب،ج/٤٦٨،٤، الطرابلسي، معين الحكام، ج/١، ص: ٨٦.

[3] حداد، حفيظة السيد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، ص: ٨ – ٩.

## المطلب الأول: اختصاص الهيئة باتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية، ودور القضاء بشأنها

لا تخلو وقائع الدعوى التحكيمية من وجود حالات طارئة تهدد مصالح الخصوم، أو تكون سبباً في إلحاق الضرر بالحق أو المركز القانوني للخصم، وأحياناً يكون الضرر ناشئاً عن المدة الزمنية اللازمة لفصل الدعوى، فيكون تأخير الفصل في الدعوى سبباً في الإضرار بمصالح الخصوم ضرراً لا يمكن تلافيه، وقد توجهت التنظيمات القضائية إلى إيجاد حل بجانب القضاء العادي يتخذ فيه الخصم إجراءات وقتية سريعة صيانة لمصلحته دون المساس بأصل الحق، مع القصد في الوقت والإجراءات، والحكمة من هذه الإجراءات الوقتية التوفيق بين الأناة اللازمة لحسن سير القضاء، وبين نتائج هذه الأناة التي قد تسبب ضرراً للخصوم [1]، ومن أمثلة الإجراءات التحفظية التي اعتنى بها الفقه المالكي فيما يقابل أحكام الحراسة القضائية [2]، والتي وردت عندهم بمسمى العُقلة [3]، وهي نوعان: عقلة حيلولة، وهي انتزاع الشيء من يد المشهود عليه، ووضعه تحت يد أمين، وعقلة عدم تفويت وعدم تغيير للمدعى فيه، واشتهر في عرف العامة بتسميتها بالعقلة التحفظية[4] ( وهي تقابل الحجز التحفظي في الاصطلاحات الحديثة )، وتكون عقلة الحيلولة بشهادة عدلين بالملكية، وإذا عقل المتنازع فيه عقلة حيلولة ؛ فما له غلة كالبساتين أو خراج كالحوانيت ودور الكراء، فحيلولته برفع يد المتصرف فيه ووضعه تحت يد أمين، يجمع ما تحصل من بيع غلته أو من كرائه ويبقيه تحت يده إلى أن يقع الحكم، فيدفعه لمستحقه، وما ليس له غلة كدور السكنى، المراد لها لا للكراء، فعقلتها بإخلائها من أمتعة المتصرف فيها، وأما الأرض فعقلتها بمنع حرثها وزراعتها على قول، وبصحة ذلك على القول الثاني، لأن توقيفها من الزرع أو الكراء ضرر، وفيه إضاعة للمال، ثم إذا كان المتنازع فيه

---

[1] أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ص: ٢٧٩– ٢٨٠.

[2] المقصود **بالحراسة:** وضع مال يقوم في شأنه نزاع أو يكون فيه الحق غير ثابت، ويتهدده خطر عاجل، في يد أمين يتكفل بحفظه وإدارته ورده مع تقديم حساب عنه إلى من يثبت له الحق فيه، ويوضع المال تحت الحراسة إما باتفاق بين الطرفين المتنازعين، فتكون حراسة اتفاقية، وإما بحكم من القضاء فتكون حراسة قضائية. السنهوري، الوسيط، ج/ ٧، ص: ٧٨١.

[3] الخرشي، شرح مختصر خليل،ج/ ٧، ص:٢٠٤، ذكر الحنفية مسألة مشابهة للحجز التحفظي إلى حين انتهاء الحكم، وهي مسألة الحيلولة، فيما ينبغي للقاضي أن يضعه تحت يد عدل وما لا ينبغي، وفيها ما لو ادعت امرأة الطلاق على الزوج وجاءت بشاهد عدل وكان ذلك في طلاق بائن فإن القاضي يحول بينها وبين زوجها إلى حين صدور الحكم، ومثلها في مسألة الأمة أو العبد الذي يدعي العتق وله شهود، فإنه يحال بينه وبين مالكه إلى حين صدور الحكم، ( أقول ): وقد يُقاس على مسألة الحيلولة على العبد والأمة ما يجري به القضاء في الحراسة القضائية على الأموال المنقولة أو غير المنقولة إلى حين صدور الحكم في الدعوى موضوع النزاع. انظر تفصيل مذهب الحنفية في الحيلولة: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج/ ٣، ص: ٣٧ وما بعدها، ابن نجيم، البحر الرائق، ج/٧، ص: ٢١٠ – ٢١١، برهان الدين مازة، المحيط البرهاني، ج/ ٣، ص: ٢٥٩٥ ومابعدها.

[4] جعيط، محمد، الطريقة المرضية، ص: ٧٥

جميع الأصل وقف الكراء كله، وإن كان في حصة منه فقط، وقف ما فيه النزاع وما لا نزاع فيه على الراجح، ووقف ما فيه النزاع فقط عند المتأخرين من المالكية وهو الذي عملت به قضاتهم[١].

وأما عقلة عدم التفويت والتغيير، فتكون بشهادة العدل الواحد أو المرجو العدالة، أو الشهود غير العدول، فيعقل المتنازع فيه، بمعنى أنه يمنع من بيده من تفويته ببيع أو هبة أو غير ذلك من المفوتات، ويمنع من تحويله عما هو عليه، بإحداث بناء فيه أو هدم له أو غرس أو قلع ويبقى بيد حائزه [٢]، ولم يفصل المالكية فيما لو كانت مثل هذه الإجراءات من صلاحيات المحكم، والظاهر أنها عندهم من صلاحيات القاضي فقط[٣].

وقد اختلفت الاجتهادات الحديثة في اعتبار مثل هذه الإجراءات من اختصاص هيئة التحكيم وأن المحكم يملك سلطة البت في تلك الأحكام الوقتية والتحفظية أم أنه من سلطة القضاء فحسب، وقبل عرض أقوالهم في المسألة لا بد من بيان مناط الاتفاق على المباديء الثابتة فيما يخرج عن محل النزاع والذي يتمثل بالأمور التالية:

**أولاً:** أن مجرد الاتفاق على التحكيم لا يمنع الأطراف المحتكمين من الالتجاء إلى قاضي الأمور المستعجلة طلباً لاتخاذ أي إجراء أو تدبير تحفظي، أو وقتي، طالما أن هيئة التحكيم لم تتشكل بعد، فقبل تشكيل هيئة التحكيم يختص القضاء المستعجل وحده بالطلبات القضائية الوقتية والتحفظية، وبنفس الشروط التي يتدخل بها طبقاً للقواعد العامة [٤].

**ثانياً:** أنه لا يصح للخصم طالب الإجراء الوقتي والذي التجأ إلى القضاء، لا يمكنه الحصول على نفس الحماية بعد تشكيل هيئة التحكيم [٥].

**ثالثاً:** أن اتفاق التحكيم – أياً كانت صورته سواءً كان في صورة شرط تحكيمي أدرج في عقد، أو اتخذ صورة مشارطة تحكيم تم الاتفاق عليها بعد نشأة النزاع، وسواء كان التحكيم خاصاً أو

---

[1] انظر في تفصيل أحكام العقلة: الخرشي، شرح مختصر خليل، ج/ ٧، ص: ٢٠٤، العبدري، التاج والإكليل، ج/ ٦، ص: ١٨٣، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج/ ٤، ص:١٩٠، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج/١، ص: ١٥٤.

[2] المراجع السابقة، وانظر: جعيط، محمد، الطريقة المرضية، ص: ٧٦ – ٧٧.

[3] كما وسكتت المعايير الشرعي عند عرضها لإجراءات التحكيم عن المطلوب اتخاذه بشأن الإجراءات الوقتية، ولعلها بذلك ترجئها للمحاكم الوطنية، أما إذا كان القصد أن يتم ذلك باتفاق الأطراف فالأصل أن تنص المعايير عليه صراحة حتى لا يكون الإجراء المتخذ من قبل أي طرف سبيلاً لحرمانه من حقه بالتحكيم أو حرمانه من حقه باللجوء للقضاء.

[4] التحيوي، محمود السيد، الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ونطاقه، ص: ٣٨٧.

[5] المرجع السابق

مؤسسياً، يرتب أثراً سلبياً يتمثل في سلب ولاية قضاء الدولة بنظر النزاع موضوع اتفاق التحكيم، وبالتالي عدم اختصاص قضاء الدولة بالمنازعة المتفق بصددها التحكيم [١].

أما سبب الخلاف في المسألة فيعود إلى أن الأحكام الصادرة في المسائل الوقتية والمستعجلة لا تنتهي بإصدار القرار الوقتي فحسب، ولكن تمتد إلى تنفيذه، والتنفيذ يقتضي أن يكون لمُصدره سلطة الأمر، وهذه السلطة يفتقر إليها المحكم، ومن المعلوم أنه على الرغم من وجود شرط التحكيم، فإن القضاء الوطني يختص بالعديد من المسائل التي من شأنها تأكيد احترام اتفاق التحكيم نفسه، ووضعه موضع التنفيذ الفعلي، مثل أن يمتنع أحد الأطراف عن تعيين المحكم المتفق في شرط التحكيم أو في مشارطة التحكيم على أن يقوم هذا الطرف بتعيينه، وفي هذا الفرض فإن القضاء الوطني يقوم بتعيين هذا المحكم من أجل الانتهاء من تشكيل محكمة التحكيم، ومثل أن يفشل المحكمان في اختيار محكم ثالث، فيتدخل القضاء في تعيين المحكم الثالث، كما ينظر القضاء أيضاً – كما سيأتي فيما بعد – بالنظر في دعاوى البطلان المقدمة من أحد الخصوم في التحكيم ضد حكم التحكيم، وعلى الرغم من أن هذه الأمثلة وغيرها تؤكد أن العلاقة بين قضاء المحكمة وقضاء التحكيم لم تعد تلك العلاقة التنافسية وإنما أصبحت تشكل علاقة تساندية تتمثل بالتعاون التام بين كل من القضائين يصل في كثير من الأحيان إلى حد التكامل، فهل تتحقق مثل هذه العلاقة بين القضائين عند اتخاذ الأحكام الوقتية والتحفظية، أم أن هناك مبدأ آخر يحكم هذه العلاقة [٢]، ورد الخلاف في المسألة على أقوال ثلاث:

**القول الأول: أنه ليس من صلاحيات المحكم ولا من سلطته النظر في الإجراءات الوقتية والمستعجلة**، وأن اختصاص مثل هذه الأمور يعود إلى سلطة قضاء الدولة، وهذا يعني أن اختصاص القاضي المستعجل من النظام العام، وأن اتفاق الخصوم غير كاف لاستبعاده [٣]، و قد استند أصحاب هذا الرأي على الأدلة التالية:

**أولاً:** أن الاتفاق على التحكيم لا يعدو أن يكون نقلاً للنزاع من أمام محكمة الموضوع إلى هيئة التحكيم، وإذا كان رفع الدعوى القضائية أمام محكمة الموضوع لا يمنع اختصاص القضاء المستعجل بنظر الأمور الوقتية، فإن الأمر كذلك يكون بالنسبة لنظام التحكيم [٤].

---

[1] حداد، حفيظة السيد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، ص: ٩ – ١٠، شحاتة محمد نور، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، ص: ١٦١.

[2] حداد، حفيظة السيد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، ص: ١٣ – ١٤.

[3] شحاتة محمد نور، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، ص: ١٦٧ – ١٦٨.

[4] التحيوي، محمود السيد، الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ونطاقه، ص: ٤٠٤ – ٤٠٧.

**ثانياً:** أن الحكم القضائي المستعجل أو الوقتي ليس له حجية أمام هيئة التحكيم عند تحقيقه والفصل فيه، فشأنه بذلك شأن أي اتفاق آخر يتمتع بما يُعرف بالأثر النسبي، أي بعدم قدرة هذا الاتفاق على ترتيب حقوق والتزامات على عاتق الغير، ويؤدي هذا الأثر النسبي لاتفاق التحكيم – بالإضافة إلى افتقاد المحكمين لسلطة الإجبار– إلى أن بعض الإجراءات لا يمكن اتخاذهاعلى نحو يتسم بالفاعلية إلا من قبل قضاء الدولة، فالحجوز مثلاً ؛ حتى وإن كانت حجوزاً تحفظية، لا يمكن اتخاذ الأمر بإصدارها إلا من قضاء الدولة، بوصفه المحتكر لسلطة التنفيذ الجبري دون غيره[١].

**ثالثاً:** أن مناط اختصاص القضاء المستعجل يقوم بصفة عامة على توافر الخطر، وعدم المساس بأصل الحق، أو المركز القانوني الموضوعي، فإذا ما توافر هذان الشرطان أصبح من واجب القضاء المستعجل أن يأمر باتخاذ ما يراه من تدابير أو إجراءات وقتية أو تحفظية والتي تقتضيها طبيعة النزاع المعروض حفظاً لحقوق الأطراف المحتكمين، والمراكز القانونية الموضوعية مؤقتاً[٢].

**رابعاً:** أن هناك بعض العقبات التي تحول دون هيئة التحكيم واتخاذ بعض من هذه الإجراءات فتبرر الإبقاء على سلطة القضاء في هذا الشأن ؛ فمثلاً لا يملك المحكم إصدار أوامر إلى الغير من أجل إجباره على تقديم ما يوجد تحت يديه من أوراق، أو إجبار أحد الأطراف في التحكيم على تقديم الوثائق والمستندات التي يرفض الطرف تقديمها، كما أن مواعيد انعقاد جلسات التحكيم لا تكون بشكل دائم أو مستمر، وقد يجدّ من الأحداث ما يبرر اتخاذ إجراء أو تدبير وقتي أو تحفظي في غير وقت انعقاد الهيئة، أو أنه قد يصعب اجتماع أعضائها بالسرعة الكافية[٣].

فالاعتراف بالاختصاص للقضاء الوطني باتخاذ الإجراءات التحفظية يبدو ضرورة حتمية تقتضيها طبيعة هذه الإجراءات المطلوب اتخاذها بما تقتضيه من إجبار وإلزام تحتكر الدولة القيام به، ورفض تقرير الاختصاص للقاضي الوطني باتخاذ هذه الإجراءات يؤدي إلى خلق نوع من الأثر السلبي للاختصاص بشأن الإجراءات التي يجب اتخاذها نزولاً على مقتضيات الاستعجال [٤].

---

[1] حداد، حفيظة السيد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، ص: ١٨.

[2] التحيوي، محمود السيد، الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ونطاقه، ص: ٤٠٥.

[3] المرجع السابق، ص: ٤٠٥ – ٤٠٦.

[4] حداد، حفيظة السيد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، ص: ٢١.

**القول الثاني: أن هيئة التحكيم وحدها المخولة بالنظر في التدابير المؤقتة والمستعجلة**، ويمنع كل من القضاء العادي والقضاء المستعجل من نظر أي دعوى قضائية متعلقة به، ولا يجوز أن ترفع دعوى أمام القضاء العام في الدولة بحجة الاستعجال، وللطرف الآخر الدفع بعدم قبولها والتمسك بشرط التحكيم [١]، ونظراً لافتقاد المحكم سلطة الإجبار فإنه يعول على الاحترام التلقائي من قبل الأطراف لهذه الإجراءات الصادرة في مواجهتهم، ولكن ليس هناك ما يحول بين المحكم وبين أن يأخذ بعين الاعتبار مسلك الطرف سيء النية والذي امتنع عن تنفيذ هذه الإجراءات وذلك عند إصداره للحكم التحكيمي النهائي والفاصل في موضوع الدعوى [٢].

وقد استدل أصحاب هذا الرأي بالأدلة التالية:

**أولاً:** أن هيئة التحكيم الأقدر على تقدير مدى الملاءمة في اتخاذ مثل هذه الإجراءات، والتي تقتضيها طبيعة النزاع المفروض، فضلاً عما يحققه ذلك من توفير للوقت والجهد والاقتصاد في النفقات، وتوحيد لجهة الفصل في النزاع [٣].

**ثانياً:** أن الاتفاق على التحكيم إذا كان يؤدي إلى خروج النزاع الموضوعي من الاختصاص الوظيفي للقضاء العادي، فإن شقه المستعجل هو الآخر يخرج من اختصاص القضاء المستعجل باعتباره جزءاً من جهة القضاء العادي، والفرع يتبع الأصل [٤].

**ثالثاً:** ( أقول ) ويمكن أن يُستدل لهذا الرأي أيضاً بأن طبيعة اتفاق التحكيم القائمة وفق إرادة الأطراف بتخويل المحكم سلطة ممارسة الإجراءات القضائية والتي تمثل الأصول الإجرائية في فصل النزاع هي ذاتها الإرادة التي تخول الهيئة من ممارسة السلطة في القضاء الوقتي من باب أولى.

**القول الثالث: وهو الذي يتخذ مبدأ الجمع بين السلطتين القضائية والتحكيمية**، فالعلاقة بين القضاء الوطني وقضاء التحكيم فيما يتعلق باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية يحكمها مبدأ الاختصاص المشترك، فيكون من حق أي طرف اللجوء إلى الجهات القضائية لطلب اتخاذ

---

[1] الأحدب، عبد الحميد،إجراءات التحكيم، ص: ٥١٢ – ٥١٣،

[2] ويتفق هذا الرأي مع ما ذهبت إليه اللجنة المعنية بشؤون التحكيم التجاري الدولي في غرفة التجـارة الدوليـة بباريس، وقد تم تأييد هذا الرأي من غرفة التجارة الدولية بواشنطن، انظر: حداد، حفيظة السيد، ص: ٢٤.

[3] التحيوي، محمود السيد، الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ونطاقه، ص: ٤١٠.

[4] راتب، محمد علي، قضاء الأمور المستعجلة، ص: ١٠٠.

الإجراءات الوقتية والتحفظية، ولا يعد ذلك تنازلا عن الاتفاق إلى الالتجاء للتحكيم للفصل في موضوع النزاع الأصلي [١].

وتحقيق هذا الرأي يقوم على اختصاص محاكم الدولة بطائفة من الإجراءات الوقتية والتحفظية على نحو قاصر عليها مع الاعتراف لقضاء التحكيم بإمكانية اتخاذ طائفة أخرى من هذه الإجراءات، ومبعثه فكرة الفاعلية والنفاذ التي يتعين أن تتحقق للتحكيم وما يصدر عنه من قضاء، فأساس توزيع الاختصاص بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم هو تقدير أي من هذين القضائين أكثر قدرة على كفالة الإجراء الوقتي أو التحفظي المطلوب اتخاذه، وضمان تنفيذه على وجه السرعة نظراً لحالة الاستعجال التي تقتضيها هذه الإجراءات [٢]، وإعمال هذا المعيار يؤدي إلى الاعتراف لمحاكم الدولة على نحو قاصر عليها بالفصل في جميع الإجراءات الوقتية التي تعرض عليها على الرغم من وجود اتفاق التحكيم بغية الحفاظ على حقوق الأطراف ومصالحهم بهذا الحكم المستعجل، وهذا ما نحى إليه القانون النموذجي في أنه "يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر تدابير مؤقتة بناءً على طلب أحد الأطراف"[٣]، " ولا يُعتبرطلب أي طرف من السلطة القضائية اتخاذ تدابير مؤقتة عملاً مناقضاً لاتفاق التحكيم، أو نزولاً عن ذلك الاتفاق"[٤]، فيكون القانون النموذجي قد اعتمد اختصاص المحكمة التحكيمية، دون أن يستبعد اختصاص القضاء، وهو عمل عملي مرن وعادل لا يؤدي لحرمان أطراف النزاع من المحافظة على حقوقهم في حالات الاستعجال أو في الحالات التي تكونت فيما بعد [٥].

وبالنظر إلى الاتجاهات السابقة نجد أن القول بعدم السماح للمحكم باتخاذ إجراءات وقتية وأن هذه الإجراءات من اختصاص القضاء إنما اتخذ جانب الحيطة والحذر لمصلحة الأطراف، وأنه لا يثق بقدرة الهيئة التحكيمية في اتخاذ مثل هذه الإجراءات التي يلزمها قوة التنفيذ وإجبار الخصوم، فهو بذلك يستثني وبشكل كامل دور محكمة التحكيم، لتصبح بالنسبة إليه ذا دور ثانوي أو تابع للمحكمة الوطنية، وهو بذلك يقدح في صفة الاستقلال التي تتمتع بها محكمة التحكيم، بينما اتخذ الاتجاه الثاني جانباً مقابلاً تماما في منع محكمة الدولة من النظر في أي قرار وقتي أو إجرائي وألزم الأطراف بالرجوع فقط إلى محكمة التحكيم، وبالتالي منع وبشكل كامل

---

[1] حداد، حفيظة السيد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، ص: ٢٨ وما بعدها.

[2] المرجع السابق، ص: ٤٥ – ٤٦

[3] القانون النموذجي، ( اليونسترال )، المادة ( ٢٦ / ١ ).

[4] القانون النموذجي، ( اليونسترال )، المادة ( ٢٦ / ٩ ).

[5] الأحدب، عبد الحميد،إجراءات التحكيم، ص: ٥١١.

تدخل محكمة الدولة في أي من هذه الإجراءات التي قد تخدم مصلحة الخصوم، وجعل الأحكام الوقتية من اختصاص محكمة التحكيم فقط، وأعطى إرادة الأطراف صلاحيات واسعة في منح المحكم الاختصاص بالنظر في هذه الإجراءات، وهذا يؤدي إلى إشكالية أخرى وهي كيفية الإلزام بالنسبة للطرف الرافض أو المتعنت عن تنفيذ القرار الوقتي، كما أنه يحرم الأطراف من فرصة اللجوء إلى القضاء، ولذا فإن النظر إلى علاقة القضاء والتحكيم باعتبارها علاقة تكاملية أو تساندية أفضل بكثير من موقف استئثار جانب دون الآخر، فإن الهدف الأساسي من قيام قضاء الدولة أو قضاء التحكيم هو الوصول إلى الحق، وإيصال الحق لأصحابه، ولهذا السبب بدأت التوجهات الحديثة للقوانين ومنها القانون النموذجي بتبني فكرة الدور المشترك، وهي بذلك جمعت بين حاجة الهيئة التحكيمية للقوة الآمرة والسلطة الملزمة باعتبار المحكم شخصاً عادياً لا يملك قوة التنفيذ دون أن يكون لجوء الطرف إلى القضاء سبباً في تنازله عن اتفاق التحكيم، وبين صحة اختصاص الهيئة التحكيمية بالنظر في الأحكام الوقتية سواء بطلب من أحد الاطراف أو بإصدار الأمر الوقتي من تلقاء نفسها بحسب ما تقتضيه طبيعة النزاع.

وبين القانون النموذجي ( اليونسترال ) أن التدبير الوقتي – سواء كان في شكل قرار أو في شكل آخر – تأمر فيه هيئة التحكيم أحد الطرفين في أي وقت يسبق إصدار القرار الذي يفصل نهائياً في النزاع بأن يبقي الحال على ما هو عليه، أو يعيده إلى ما كان عليه إلى حين الفصل في النزاع، أو أن يتخذ إجراءً يمنع حدوث ضرر حالي أو وشيك أو مساس بعملية التحكيم نفسها، أو أن يمتنع عن اتخاذ إجراء يحتمل أن يسبب ذلك الضرر أو المساس، أو أن يوفر وسيلة للمحافظة على الموجودات التي يمكن بواسطتها تنفيذ قرار لاحق، أو أن يحافظ على الأدلة التي قد تكون هامة وجوهرية في محل النزاع [1].

والإجراءات المتبعة بشأن التدبير المؤقت في القانون النموذجي منها ما يقع على كاهل الأطراف، ومنها ما يقع على كاهل هيئة التحكيم:

**أولاً: فبالنسبة لدور الطرف** فيقوم على أن يقدم الطرف طلباً يبين فيه ما يقْنع هيئة التحكيم أن عدم اتخاذ التدبير يُرجح أن يُحدث ضرراً لا يمكن جبره على نحو وافٍ بمنح تعويضات، وأن ذلك الضرر يفوق بكثير الضرر الذي يُحتمل أن يلحق بالطرف المستهدف بذلك التدبير حال

[1] القانون النموذجي ( اليونسترال )، المادة ( ٢٦ / ٣: أ – د ).

عدم استعمال حقه، وأن هناك احتمالاً معقولاً أن يُفصل في موضوع المنازعة لصالح الطرف الطالب بناءً على وجاهة دعواه[١].

**ثانياً: وأما دور هيئة التحكيم** فيتعلق بإجابة الطلب إذا رأت أن طلب التدبير له ما يبرره، ويجوز لها أن تعدل أو تعلق أو تنهي أي تدبير مؤقت كانت قد أخذته، وذلك بناءً على طلب أي طرف في ظروف استثنائية وبعد إشعار الأطراف مسبقاً بمبادرة من هيئة التحكيم ذاتها، وتُلزم الهيئة الطرف – طالب التدبير المؤقت – بتقديم ضمانة مناسبة، أو تحمله تبعة أي تكليف أو ضرر يتسبب فيه ذلك التدبير لأي طرف، بقرار يلزمه بالتعويض عن الضرر المتحقق حال حدوثه [٢].

ولا يفرق القانون النموذجي بين التدابير المؤقتة والأوامر الأولية [٣]، ويفهم من المواد التي تنص على تنظيم التعامل مع التدابير المؤقتة أن ذات الأحكام تسري بالنسبة لاستصدار الأمر الأولي.

والأصل أن تقابل هذه الإجراءات الوقتية بالانصياع والاحترام التلقائي من قبل أطراف النزاع، بحيث يكون قرار الهيئة الصادر بالنسبة للإجراء الوقتي ملزماً للطرفين وعندئذ لا حاجة للإنفاذ من جانب المحكمة ولا حاجة لتقديم ضمانة بشأن الاعتراف بذلك التدبير أو إنفاذه، أما إذا امتنع الطرف عن التنفيذ أو لم يعترف بقرار الهيئة فعندئذ يتعين إنفاذ القرار بطريقة إلزامية عن طريق طلب يقدم إلى المحكمة المختصة التي تمارس تلك الصلاحية وفقاً للقواعد الإجرائية الخاصة بها بصرف النظر عن البلد الذي أصدر فيه، أو تقديم ضمانة مناسبة بشأن ذلك التدبير، ويجوز لمحكمة الدولة التي يُلتمس لديها الاعتراف أو الإنفاذ أن تأمر الطرف بتقديم ضمانة مناسبة متى رأت ذلك ضرورياً، إذا لم يكن قد سبق لهيئة التحكيم أن اتخذت قراراً بشأن الضمانة أو حيثما يكون اتخاذ قرار من هذا القبيل ضرورياً لحماية حقوق أطراف ثالثة، ويقتصر دور المحكمة في هذه الحالات على ما يتعلق بالناحية الإجرائية المتعلقة بالتدبير المؤقت، ولا يجوز للمحكمة أن تتعدى دورها المنوط بها إلى مراجعة لمضمون التدبير المؤقت لأنه سيكون

---

[1] القانون النموذجي ( اليونسترال )، المادة ( ٢٦ / ٣: أ – ب ).

[2] القانون النموذجي ( اليونسترال )، المادة ( ٢٦ / ٣ – ٩ )." بتصرف ".

[3] كانت نصوص القانون النموذجي لسنة ٢٠٠٦ قد أفردت مواداً خاصة بشأن استصدار الأمر الأولي منفصلة عن طلب التدبير المؤقت، إلا أن توجهات اللجنة في التنقيحات الجديدة للقانون لسنة ٢٠١٠ ارتأت توحيد تلك الإجراءات، وأرى أن الصواب عدم التفصيل في مثل تلك الإجراءات مادام أنها تتشابه من حيث الكيفية الإجرائية، ومن حيث الآثار المترتبة، فيكون إعادة التقنين تكرار لا ضرورة له، ثم إن أي تفصيل قد يطرأ يمكن إحالته إلى نصوص القانون الواجب التطبيق في حل أي سؤال قد تثيره ظروف تلك الإجراءات.

تعدياً على اختصاص هيئة التحكيم وتجاوزاً للمهمة المساندة التي لأجلها تم اللجوء للمحكمة الوطنية[1].

## المطلب الثاني: سلطة هيئة التحكيم في إجراءات الإثبات

تفرض طبيعة عمل المحكم أثناء إدارته لجلسة التحكيم أن يكون مطلعاً على كافة الظروف المحيطة بموضوع النزاع ليقرر الإجراءات اللازمة للتحقيق وكافة الحجج والمستندات اللازمة للإثبات، سواءً كانت هذه الحجج أو الإيضاحات مقدمة ابتداء من الخصوم أو أثارتها لجنة التحكيم بحسب الحاجة إليها، فقد تكون الحاجة تقتضي سماع شاهد أو تعيين خبير أو معاينة بضاعة، وغير ذلك من إجراءات، والسؤال الذي يمكن أن يطرح في هذه المرحلة: هل يملك المحكم أن يستكمل إجراءات الإثبات بطريقة إلزامية ؟

فمثلاً إذا تبلغ الشاهد تبليغاً صحيحاً في أي دعوى قضائية منظورة أمام محكمة الدولة، وتخلف عن الحضور ولم يكن للشاهد معذرة مشروعة في تخلفه يجوز للمحكمة أن تصدر مذكرة إحضار بحقه تتضمن تفويض الشرطة إخلاء سبيله بالكفالة، وإذا حضر الشاهد ولم تقنع المحكمة بمعذرته فلها أن تحكم عليه بالحبس مدة معينة [2]، ولكن المحكم لا يملك أدنى سلطة في إجبار الشهود على المثول أمام الهيئة أو إلزامهم بحلف اليمين، وفي حال الحاجة مثلاً إلى تعيين خبير أو فني متخصص بعيداً عن القواعد الشكلية المعمول بها أمام قضاء الدولة سواء بطلب من أحد الخصوم أو من هيئة التحكيم ثم تخلف الخبير أو لم يقدم التقرير الخاص بخبرته في الموعد المحدد ولم يبد عذراً مقبولاً فإن هيئة التحكيم لا يمكن أن توقع بالخبير الجزاءات المنصوص عليها في قوانين المرافعات القضائية [3]، وفي حال الحاجة إلى إبراز مستند أو دليل ورفض أحد

---

[1] وهذه الإجراءات التي تعتمد على المساندة القضائية هي ما كانت مواد القانون النموذجي لسنة ٢٠٠٦ قد نصت عليه صراحة، فيما سكتت نصوص القانون النموذجي عن هذه الإجراءات في صيغتها الجديدة لسنة ٢٠١٠، إلا أنه يفهم ضمناً أن إحالة الأمر إلى المحكمة المختصة هو القرار الإجرائي اللاحق عند تعنت الخصم عن التنفيذ أو رفضه لقرار الهيئة، وهو ما كانت نصوص القانون قد صرّحت به سابقاً قبل التعديل، وهو الذي جرى به العرف في مؤسسات التحكيم حال رفض التنفيذ.

[2] انظر: المادة ( ٨١/ ٦ ) قانون أصول المحاكمات الأردني، وفي المواد ( ١٩٩-٢٠٢ ) من قانون المرافعات المدنية المصري، والمواد (٤٢-٤٤) من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الإماراتي.

[3] تنص المادة ( ٨٦ ) من قانون أصول المحاكمات الأردني: اذا لم يودع الخبير تقريره في الوقت المحدد في القرار الصادر بتعيينه وجب عليه أن يودع قلم المحكمة قبل انقضاء ذلك الأجل مذكرة يبين فيها ما قام به من الأعمال والأسباب التي حالت دون اتمام خبرته واذا وجدت المحكمة في مذكرة الخبير ما يبرر تأخيره منحته مهلة لانجاز خبرته وايداع تقريره، فان لم يكن ثمة مبرر لتأخره حكمت عليه المحكمة بغرامة لا تزيد على عشرين دينارا ومنحته مهلة أخرى لانجاز خبرته وايداع تقريره أو استبدلت به غيره والزمته برد ما يكون قد قبض من النفقات الى قلم المحكمة ولا يقبل الطعن في القرار الصادر بابدال الخبير والزامه برد ما قبضه من النفقات، وانظر: المواد ( ٢٤٠ – ٢٤٤ ) من قانون المرافعات المصري، والمواد (٨٦ وما بعدها ) من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الإماراتي.

الخصوم تقديمه فإن للمحمة أن تلزم الطرف بتقديم الدليل أو المستند[1]، كما أن للمحكمة أن تأمر بالاطلاع على دفاتر التاجر في مواد الأموال المشاعة وفي مواد التركات، وفي قسمة الشركة وفي حالات الإفلاس، وليس للمحكم أن يجبر أحد الأطراف على تقديم الدليل أو المستند المتعلق بالدعوى موضوع النزاع، وإذا كان المحكم أمام أمر يقتضي مراعاة مصلحة الأطراف وفي نفس الوقت مراعاة الحياد في مهمته، أجد أنه أمام أحد خيارين:

**الأول:** أن يكتفي بحكمه في القضية المعروضة أمامه بالأدلة المتوفرة، ويفهم هذا الإجراء من المادة ( ٣٠ / ٣ ) من القانون النموذجي (اليونسترال): والتي تبين أنه: " إذا دعت هيئة التحكيم أحد الأطراف – حسب الأصول – إلى تقديم وثائق أو مستندات أو أدلة أخرى وقصّر في تقديمها خلال المدة المحددة دون إبداء عذر مقبول، جاز لهيئة التحكيم أن تصدر قرار التحكيم بناءً على الأدلة الموجودة أمامها "، ومثل هذا الإجراء إنما يستند إلى كون المحكم لا يملك سلطة الإجبار في استحضار الدليل أو إلزام الشهود أو إلزام الخبير، وإن استجابة الخبير أو الشاهد إنما هي من باب أدب المعاملة الطوعية التي تخدم مصلحة أطراف النزاع لأجل الوصول إلى الحق وحل النزاع بالطرق السلمية خارج حدود القضاء.

**والثاني:** أن تكون الأدلة غاية في الأهمية بحيث أنها تمس أصل الحق الذي تقوم عليه الدعوى، وأن هذا الدليل بحيث أنه لا تستقيم الدعوى والمطالبة بالحق بغيره، أو أن شهادة الشاهد ينطوي عليها غياب حق أحد الأطراف أو أن تقرير الخبير من شأنه المساس في تغيير وقائع مطالبة الطرف الآخر، وغير ذلك من الاحتمالات الهامة والأساسية والتي تجد الهيئة أنها في وضع صعب بأن تتخذ إجراءً إلزامياً لا تقدر عليه، وأنها في ذات الوقت لا تجد تجاوباً ممن قام به الدليل أو من الطرف الذي يملك الدليل بالمثول أمام إجراءات التحقيق التي تسير فيها الهيئة،عندئذ لا مانع من اللجوء إلى قضاء الدولة لاستكمال مثل هذه الإجراءات، وأرى أن

---

[1] تنص المادة ( ٧٢ ) من قانون أصول المحاكمات الأردني: تحكم المحكمة على من يتخلف من موظفيها أو من الخصوم عن ايداع المستندات أو عن القيام بأي اجراء من اجراءات المرافعات في الميعاد الذي حددته المحكمة بغرامة لا تزيد عن عشرين دينارا ويكون ذلك بقرار يثبت في محضر الجلسة له ما للأحكام من قوه تنفيذية ولا يقبل الطعن فيه بأي طريق، ولكن للمحكمة أن تقبل المحكوم عليه من الغرامة كلها اذا أبدى عذرا مقبولا، وانظر: المواد ( ٢٥٣ – ٢٥٨ ) من قانون المرافعات المصري، ونصت المادة ( ١٨ ) من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الإماراتي: ١– يجوز للخصم في الحالات التالية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أي محررات أو أوراق منتجة تكون تحت يده:–
أ– إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه.
ب– إذا كان المحرر مشتركاً بينه وبين خصمه ويعتبر المحرر مشتركاً على الأخص إذا كان لمصلحة الخصمين أو كان مثبتاً لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة.
جـ– إذا أستند إليه خصمه في أي مرحلة من مراحل الدعوى
٢– ويجب أن يبين في هذا الطلب، أوصاف المحرر وفحواه والواقعة التى يستدل بها عليه والدلائل والظروف المؤيدة لوجوده تحت يد الخصم ووجه إلزام الخصم بتقديمه.

اللجوء إلى القضاء من قبل هيئة التحكيم للحصول على دليل معين لا يتعارض مع اختصاص الهيئة أو عملها [١].

ولم ينص الفقهاء على تفصيل هذه المسألة [٢]، إلا أنه وفق ظاهر مذاهبهم يمكن معرفة أنه لا يصح عندهم للمحكم سلطة إجبار وذلك أنهم اعتبروا أنه ليس للمحكم حق استيفاء العقوبة وأن استيفاء العقوبة والحبس من الأمور التي تخضع لولاية القاضي[٣]، ومعلوم أن إجبار الشاهد أو الخبير أو أحد الخصوم لإبراز الدليل يحتاج إلى أمر تسانده الشرطة أو إيقاع الغرامة المالية أو الأمر بالحبس، وكل هذه الإجراءات تحتاج إلى قوة الإلزام وولاية الأمر كما في مسألة استيفاء العقوبة، فلا يكون للمحكم فيها اختصاص قياساً على سلب اختصاصه من استيفاء العقوبة، وبالتالي لا يمنع أن يلجأ المحكم للقاضي لإعانته على ما يحتاجه من إجراءات إلزامية تخدم قضيته التحكيمية.

ومن هنا يبرز بجلاء الدور المساعد للقضاء في تكملة قصور سلطة المحكم، بالرغم من أن بعض هذه الإجراءات مما قد يتوقف عليها حسم النزاع المعروض على التحكيم، قد تنفذ طوعاً ممن قد طلبت منه، إلا أن الواقع العملي الذي يشهد على عدم تنفيذ كثير منها إلا تحت طائلة الجزاء أو الخشية من وقوعه يفتح المجال أمام هيئة التحكيم ووفق ما تراه مناسباً أن تستعين بسلطة القضاء ضماناً لحسن سير التحكيم [٤]، دون أن نعتبر ذلك تدخلاً من محكمة الدولة في النظر في موضوع الدعوى أو انتفاءً لعملية التحكيم، فالدعوى التحكيمية تبقى قائمة ولا تؤثر مثل هذه الإجراءات في سيرها وفق المواعيد التي تم الاتفاق عليها منذ بدء النزاع.

---

[1] وسكتت نصوص القانون النموذجي عن مثل هذا الإجراء والذي كانت قد أوردته في قواعدها الصادرة لسنة ٢٠٠٦ في المواد: ( ٢٥ – ٢٧ )،حيث أكدت فيها أنه: يجوز لهيئة التحكيم أو لأي من الطرفين – بموافقة الهيئة – طلب المساعدة من المحكمة المختصة في هذه الدولة للحصول على الأدلة، ويجوز للمحكمة أن تنفذ الطلب في حدود سلطتها ووفقاً لقواعدها الخاصة بالحصول على الأدلة. ولعل المبرر من عدم التصريح بالاستعانة بالقضاء سببه أن النصوص المعدلة للقانون تحيل أي إجراءات تفصيلية لقواعد القانون الواجب التطبيق والذي يحدده الأطراف عند بدء العملية التحكيمية، وبالتالي لا يوجد ما يمنع صراحة في القانون النموذجي من اتخاذ هذه الإجراءات إذا اقتضت الحاجة إليها.

[2] كما سكتت المعايير الشرعية عن هذه المسألة عند حديثها عن إجراءات التحكيم.

[3] الزيلعي، تبيين الحقائق، ج/ ٤، ص: ١٩٣، الخرشي، شرح مختصر خليل، ج/٧، ص: ١٤٦، النووي، روضة الطالبين، ج/١١، ص: ١٢٢.

[4] البديرات، محمد، مدى سلطة القاضي في التدخل في إجراءات التحكيم، ص: ٧٣٧.

## المطلب الثالث: سلطة هيئة التحكيم في قواعد الاختصاص

تتنوع النزاعات المعروضة أمام هيئة التحكيم بما قد لا يتفق أحياناً مع ولاية الهيئة أو اختصاصها في النظر في تلك الخصومة، مما يؤدي إلى وجود عيب في قرار التحكيم ويكون مسوغاً واضحاً إلى إبطال الحكم فيما بعد.

**والمقصود بالاختصاص:** ولاية فصل النزاع، أو سلطة الحُكْم في خصومة معينة، ويقابلها عدم الاختصاص وهو فقدان هذه السلطة [١]، وأجاز الفقهاء تقييد القاضي في ولايته بأن تكون مقصورة على حكومة معينة، وعندئذ ينفذ حكمه في حدود اختصاصه ويبطل خارج اختصاصه عن تلك الحكومة [٢]، وقد نظمت مجلة الأحكام العدلية مسألة اختصاص هيئة التحكيم بالأثر المترتب على عدم نفاذ حكم الهيئة خارج حدود اختصاصها، فقد نصت المجلة على أنه: لا يجوز ولا ينفذ حكم المحكم إلا في حق الخصمين الذين حكماه، وفي الخصوص الذي حكماه به فقط [٣]، وبالتالي فإن المحكم لا يملك الحكم إلا في نطاق الخصومة المتفق فيها على التحكيم وبين أطرافه فقط، وليست له سلطة الحكم في نزاع آخر ولو كان مرتبطاً بهذه الخصومة، إلا بموافقة جديدة من الخصوم صراحة أو ضمناً [٤]، كما لا يملك الحكم بصدد غير هؤلاء إلا بموافقتهم، مع أنه قد يسري حكم القاضي على غير الخصوم إذا كان في موضوع الدعوى، أما بالنسبة للمحكم فالأمر أدق والولاية في الحكم وفق السلطة الممنوحة لا تتجاوز الدائرة الضيقة التي يدخل فيها الخصوم أو أطراف العقد.

فمثلاً، لو اتفق المحتكمان على إجراء التحكيم في الدعوى التي يدعيها المدعي بطلب مبلغ من المدعى عليه حسب الكفالة، ونصبا حَكَماً، فادعى المدعي في حضور الحَكَم قائلاً: إن المدعى عليه قد كفل الدين الألف دينار المطلوبة لي من ذمة زيد الغائب بأمره، ولدى إنكار المدعى عليه أقام المدعي البينة على مطلوبه الألف دينار من زيد، وعلى كفالة المدعى عليه لزيد المذكور، وحكم المحكم لدى التعديل والتزكية على المدعى عليه، فيكون الحكم مقصوراً

---

[1] أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ص: ٢١١.

[2] يقول الماوردي: " وتقييد الحاكم يعتبر من باب **الولاية الخاصة**، وهي منعقدة على خصوصها، ومقصورة النظر على ما تضمنته، كمن قلد القضاء في الحكم بإقرار دون البينة أو في الديون دون المناكح، أو في مقدر بنصاب، فيصح هذا التقليد، ولا يصح للمولى أن يتعداه، لأنها استنابة، فصحت عموماً وخصوصاً كالوكالة". الماوردي، الأحكام السلطانية، ص: ٩٢ – ٩٣

[3] حيدر، علي، مجلة الأحكام العدلية، المادة ( ١٨٤٢ )، ج/ ٤، ص:٦٣٢.

[4] أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ص: ٢٢٧، وقد أكدت المعايير الشرعية على ذلك، ففي المادة: (١١ / ٣ ): لا يجوز تجاوز موضوع النزاع، وتعتبر القضايا الخارجة عنه ليست من صلاحيات المحكم، إلا إذا وافق طرفا النزاع على إلحاقهما بموضوع التحكيم. المعايير الشرعية، ص: ٥٢١.

على الكفيل فقط، ولا يسري على المكفول عنه زيد، مع أنه لو كانت هذه المحاكمة والحكم قد صدرتا من القاضي لسرى الحكم على المكفول عنه وشمله [١].

ولكن السؤال الذي يطرح في هذا المقام: من الذي يملك تقرير صحة ونطاق اختصاص المحكمين عند المنازعة فيها ؟ هل قضاء الدولة من يقرر صحة ولاية الحكمين ونطاق اختصاصهما نظراً إلى الجانب العقدي في ولاية التحكيم، أم يقرره المحكمون أنفسهم نظراً للجانب القضائي وأن هيئة التحكيم هم قضاة اختصاصهم ؟ علماً بأنه يترتب على النظرية الأولى أنه إذا أثيرت منازعة تتعلق بصحة ونطاق اختصاص المحكمين أمام قضاء الدولة فيتعين على هيئة التحكيم وقف السير في الخصومة التحكيمية إلى حين الفصل في هذه المنازعة أمام قضاء الدولة [٢].

بعيداً عن تفاصيل الخلاف الذي دار بين التشريعات قديماً، فإن التوجه الحديث لكثير من القوانين ومنها القانون النموذجي ( اليونسترال ) يقضي بأن تكون مسألة ( الاختصاص بالاختصاص ) من صلاحيات هيئة التحكيم دون غيرها، ومزايا هذا المبدأ تظهر في الأمور التالية:

**أولاً:** أنه يجد أساسه في استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي المتعلق به، ومن ثم يبقى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، حتى على فرض بطلان العقد الأصلي، فيخضع النزاع للمحكمين ويكون لهم الفصل في مسألة اختصاصهم والتصدي لكافة الاعتراضات المثارة أمام التحكيم بما في ذلك تلك الناشئة عن مدى التأثير المتبادل بين العقد الأصلي واتفاق التحكيم[٣].

**ثانياً:** أنه يدعم سرعة الإجراءات التي تسهم في البت في النزاع ولو مرحلياً، وقطعاً لسوء النية الذي قد ينشأ من أحد الأطراف والذي قد يرغب بإطالة النزاع لسبب أو آخر، فيثير بين الحينة

---

[1] حيدر، علي، مجلة الأحكام العدلية، ج/ ٤، ص: ٦٣٣.

[2] عارض قضاء محكمة النقض الفرنسية سلطة المحكمين في فحص اختصاصهم بالنظر لشروط التحكيم، والاستحالة بالنسبة لهم في الفصل في صحة اتفاق التحكيم مصدر اختصاصهم ففي قضية " Courtieu "قضت المحكمة بأن " تقرير بطلان الشركة موضوع الدعوى يدخل في اختصاص المحكمة التجارية، وأن شرط التحكيم المتدرج في أنظمة هذه الشركات لا أثر له، نظراً لأن النزاع أثار الشك حول مشروعية هذه الأنظمة، وعليه فإنه كان ينبغي أن يتوقف تشكيل المحكمة التحكيمية من اللحظة التي تم فيها رفع الدعوى، وإبطال حكم المحكمين بحجة أن المحكمين تجاوزوا مهمتهم عندما فصلوا في وجود هذه السلطات بدلاً من وقف الفصل بناء على طلب الطرف صاحب المصلحة " ثم استحدثت التشريعات الفرنسية فيما بعد لتؤكد مبدأ الاختصاص بالاختصاص بالنسبة للمحكم، بعد خلاف طويل في الفقه والقضاء الفرنسي. شحاتة محمد نور، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، ص: ١٨٨.

[3] القانون النموذجي ( اليونسترال )، المادة ( ٢٣ / ١ )، راشد، سامية، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ص: ١٠٨.

والأخرى دفعاً بعدم الاختصاص ليرتب عليه وقف الإجراءات في التحكيم، وتعطيل الفصل في النزاع إلى أمد لا يعرف نهايته، وهذا يظهر فائدة كبيرة في أحقية هيئة التحكيم في أن تنظر هي ذاتها في ادعاءاتها دون حاجة إلى وقف إجراءات التحكيم أو طرح تلك المشكلة على القضاء الوطني ليفصل فيها [١].

أما عن الوقت الذي يسمح فيه بإبداء الدفع بعدم الاختصاص، فإن هذا الأمر كذلك يختلف عن المعمول به في المحكمة الوطنية، إذا قررنا أن الدفع بعدم الاختصاص ليس من النظام العام، وإذا قررنا أيضاً أن عمل سلطة المحكم في الإجراءات غير مقيدة بأن تواكب الإجراءات المعمول بها في المحكمة الوطنية، وإذا قررنا أن المحكم هو بالفعل قاضي اختصاص نفسه، فعندئذ يجب إثارة الدفع في أول فرصة معقولة حددها القانون النموذجي بموعد أقصاه تقديم بيان الدفاع، أو فيما يتعلق بالدعوى المضادة، أو الدعوى المقامة بغرض الدفع بالمقاصة، في الرد على تلك الدعوى، ولا يجوز منع أي من الطرفين من تقديم هذا الدفع بحجة أنه عيّن أحد المحكمين أو أسهم في تعيينه، أما إذا كان الدفع الذي يبديه أحد الأطراف متعلقاً بتجاوز هيئة التحكيم نطاق سلطتها، فيجب إبداء الدفع بمجرد أن تثار المسألة التي يدعي أنها خارج نطاق سلطتها أثناء إجراءات التحكيم، وفي كلتا الحالتين، يجوز للهيئة أن تقبل دفعاً متأخراً عن هذه المواعيد إذا رأت أن التأخير له ما يبرره [٢].

ويجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في أي من الدفوع السابقة إما كمسألة أولية، وإما بالبتّ في وجاهته، وبالتالي تمضي الهيئة في الإجراءات دون أن يكون ذلك مانعاً أو معطلاً لاستمرارية العملية التحكيمية[٣].

---

[1] المرجع السابق، وانظر: حداد، حمزة، التحكيم في القوانين العربية، ص: ٢٦١.
[2] القانون النموذجي ( اليونسترال )، المادة ( ٢٣ / ٢ ).
[3] القانون النموذجي ( اليونسترال )، المادة ( ٢٣ / ٣)

## المبحث الرابع: كيفيّـــة صدور حكم التحكيـــم

لما كان المحكم كالقاضي في دوره القائم على فصل النزاع بين الخصوم، كان لابد له من مراعاة القواعد العامة في إصدار الحكم النهائي المتعلق بالخصومة، ليكون الحكم الصادر منه منتجاً لأثره وقابلاً للتنفيذ، والمقصود بالحكم هنا: الحلّ الذي يقع في نفس المحكم[1] للنزاع القائم أمامه بناءً على تطبيق الأحكام الشرعية على الوقائع المعروضة لديه [2]، وإذا كان الفقهاء قد عرفوا الحكم بتعريفات متعددة[3]، إلا أنهم اعتبروا أن للحكم حقيقة يقوم عليها، ووسائل تدل عليه، وجهة معتبرة تصدره[4]، وصفة تختص به، وهذه الحدود الأربعة بين اصطلاحها أستاذنا الدكتور محمد نعيم ياسين في تعريفه للحكم بأنه " فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي ومن في حكمه بطريق الإلزام "[5]، وبالقياس على إصدار الحكم من القاضي، فإن طبيعة الحكم الصادر من المحكّم تضبطها ذات القيود التي تتوفر في الحكم القضائي، باستثناء الخلاف الذي دار حول صفة الحكم، في أن الحكم الصادر من المحكّم هل يأخذ جانب الإلزام كما الحكم القضائي؟ وسبب الخلاف أن طبيعة عمل المحكم هل تأخذ المنحى التعاقدي أم أن للمحكم طبيعة خاصة كقاضي الضرورة، أو القاضي الخاص ؟ ( وهي مسألة خلافية بين الفقهاء سأبينها في الفصل

---

[1] وفي ذلك يقول ابن فرحون:" إن حكم الحاكم أمر نفساني لا لساني، لأنه تارة يخبر عنه القول وتـــارة بالفعـــل وتارة بالإشارة، فدل على أن الحكم غير قوله وكتابته وإشارته وإنما هذه الأمور دالة على الحكم كسائر ما يقوم بالنفس من الأحكام والأخبار وغيرهما، ومما يدل على أن الحكم الشرعي أمر قائم بالنفس لا باللسان أنـــه قـــد يقترن إنشاء الحكم بما يدل عليه فيوافق إنشاء الحكم وقت الإشهاد عليه وقد يفترقان سنين كثيرة بأن يحكم فـــي شيء ولا يشهد بالحكم على نفسه في ذلك إلا بعد مدة طويلة، فتبين أن الحكم الشرعي في نفسه قائم بذاته مـــن كلامه النفساني لا اللساني"، تبصرة الحكام، ج /١، ص: ١٠١.

[2] ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى، ص: ٦٤٣.

[3] وأذكر إشارة إلى تعريفات ثلاث للحكم عند الفقهاء، كان قد أحال إلى مراجعتها ودراستها أســـتاذنا الـــدكتور محمد نعيم ياسين في محاضرات الدعوى، لأهميتها، وقد أورد ذكرها الدكتور عبد الناصر أبو البصل في كتابه: نظرية الحكم القضائي:

أولاً: ابن الغرس الحنفي عرف الحكم بأنه: الإلزام في الظاهر على صفة مختصة بأمرظنّ لزومه في الواقـــع شرعاً.

ثانياً: وعرفه القرافي المالكي بأنه: إنشاء إطلاق وإلزام في مسائل الاجتهاد المتقارب فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا.

ثالثاً: وعرفه ابن الحجر الهيتمي بأنه: ما يصدر من متولّ عموماً وخصوصاً راجعاً إلى عام مـــن الإلزامـــات السابقة له في القضاء على وجه مخصوص. انظر في التعريفات السابقة: ابن الغرس، المجاني الزهريـــة، ص: ٧، القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، ص: ٢، ابن حجـــر الهيتمـــي، الفتاوى الفقهية الكبرى، ج/ ٢، ص: ١٩٨.

[4] ومن ثم فإن الحكم الصادر عن هيئة غير قضائية لا يعد حكماً، ولو كان من بين أعضائها أحد القضاة، والحكم الصادر من المحكمة بما لها من سلطة ولائية لا يعد حكماً، أما حكم المحكمين فإنه يعد بمثابة حكم رغم صدوره من أشخاص ليس لهم في الأصل ولاية القضاء ولا يقومون بخدمة عامة، لأن التحكيم شـــرع كنظـــام احترامـــاً لإرادة الخصوم، وبالتالي يتولى القضاء بخصوص النزاع القائم أمامه ويفرض حكمه على الخصوم شأنه شـــأن القاضي العادي. أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ص: ٣٢ – ٣٣.

[5] ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى: ص: ٦٤٣.

القادم بإذن الله )، إلا أن المحكّم وفي طريق رسمه للحكم النهائي لنزاع التحكيم عليه أن يتحرى الضوابط الشكلية والموضوعية الخاصة بإصدار الحكم، وإن لم تكن مثل هذه الضوابط موجودة بتفصيلها وصورتها الحديثة في كتب الفقهاء إلا أن الحاجة إلى التوثيق وحفظ الحقوق اقتضى مزيداً من الاهتمام والرعاية تحرزاً عن محاولة الاعتراض أو الطعن في حكم المحكم أو إبطاله.

**المطلب الأول: التمهيد لإصدار الحكم ( المشاورة )**

يتطلب الحكم والنطق به تمهيداً لإصداره يسمى عند الفقهاء بالمشاورة وعند القانونيين بالمداولة، وبعيداً عن الخلاف في التسمية إلا أن المداولة أو المشاورة تعد قفلاً لباب المرافعة، ومعنى قفل باب المرافعة تقرير صلاحية الدعوى للفصل فيها بحالتها بعد تمكين الخصوم من الإدلاء بكل دفاعهم [1]، ومعنى المداولة: المشاورة بين أعضاء المحكمة في منطوق الحكم وأسبابه بعد انتهاء المرافعة وقبل النطق به [2].

والأصل في المشاورة قوله تعالى: {وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ} [آل عمران: ١٥٩]: روي عن الحسن البصري والضحاك قالا: ما أمر الله تعالى نبيه بالمشاورة لحاجة منه إلى رأيهم، وإنما أراد أن يعلمهم ما في المشاورة من الفضل، ولتقتدي به أمته من بعده [3]، يقول الخصاف – رحمه الله أن الأصل في القاضي أن يشاور بناء على أمر الله تعالى لرسوله، والقاضي لا يكون أفطن في نفسه من الرسول عليه السلام [4].

وفي السنة ماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: " المستشير معان والمستشار مؤتمن " [5]، وورد من فعل الصحابة رضوان الله عليهم أنهم كانوا يتشاورون في الأقضية، ولأن بالمشاورة تجتمع الآراء، وظهور الحق عند اجتماع الآراء أبين [6]، وبما أن التحكيم يقبل التعدد في عدد من يتولى هيئة الفصل بين النزاع، فإن المشاورة أو المداولة تحقق هدفها بطريق إيجابي قبل النطق بالحكم، ويمكن أن تتم المداولة في أي مكان يتفق المحكمون على الاجتماع فيه، على

---

[1] أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ص: ٦١.

[2] أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ص: ٥٦٦.

[3] القرطبي،الجامع لأحكام القرآن، ج/ ٤، ص:٢٤٩.

[4] الخصاف، أدب القاضي، ج/ ١، ص: ١٩٣.

[5] رواه بهذا اللفظ أحمد عن أبي مسعود البدري مرفوعاً، وفيه: وهو بالخيار إن شاء تكلم، وإن شاء سكت، فإن تكلم فليجتهد رأيه، والقضاعي عن سمرة وزاد: فإن شاء أشار، وإن شاء سكت، فإن أشار فليشر بما لو نزل به فعله، والعسكري عن عائشة ولفظه: إن المستشير مُعَانٌ والمستشار مؤتمن، وعن علي ولفظه: المستشار مؤتمن، فإذا استشير أحدكم فليشر بما هو صانع لنفسه، وفي الباب عن جابر بن سمرة وابن عباس وأبي هريرة وحديثه عند الأربعة عن أبي سلمة عنه،" المقاصد الحسنة، الحديث رقم (٩٧٤ )، ورواه الترمذي عن أبي هريرة بلفظ: " المستشار مؤتمن " وقال: هذا حديث حسن، سنن الترمذي، باب: إن المستشار مؤتمن، حديث رقم ( ٢٨٢٢ )،ج/ ٥، ص: ١٢٥.

[6] برهان الدين مازة، المحيط البرهاني، ج/ ٣، ص:٢٥٢٠.

أن تتم بين جميع المحكمين بأشخاصهم فلا يشترك واحد منهم في المداولة بمندوب عنه أو ممثل عنه، ولم ينص القانون على كيفية معينة لإجراء المداولة، ولا يلتزم المحكمون عند المداولة بما ينص عليه قانون المرافعات من قواعد بهذا الشأن، وبالتالي يمكن أن تتم بأي طريقة يتفق عليها المحكمون، كالبريد أو الفاكس أو غير ذلك، إلا أنه يحسن ألا يحرر المحكمون محاضر للمداولة مخافة تسريبها إلى الغير، وهذا يؤدي إلى مسؤولية المحكم المدنية إذا توافرت شروطها، ولهذا يشترط انعقاد المداولة سراً ضماناً لحرية رأي المحكمين[١].

(أقول): وبالنظر إلى مهمة المحكم والظروف التي تحيط بها نجد أن المداولة في حقه آكد من المداولة التي يقوم بها القاضي، وذلك للأسباب التالية:

**أولاً:** أن الشروط التي وجب توفرها في شخص المحكم أو علمه ليست كالشروط التي وجب توفرها في شخص القاضي، وعلمه حيث أن هناك نوعاً من التساهل والتخفيف فيما يتعلق بالمحكم، نظراً لطبيعة المهمة التحكيمية، ونظراً لأن التحكيم لا يتقيد بسلطة الدولة وإنما يتعلق بسلطة إرادة الأطراف، ومع ذلك أوجب بعض الفقهاء كالمالكية في قول عندهم على القاضي ولو كان مجتهداً أن يشاور أهل العلم حتى يتبين له خاصة في المسائل المشكلة [٢]، فلإن يثق بحكم الجماعة آكد من أن يتفرد أحدهم بحكم دون الآخر.

**ثانياً:** أن المحكم إذا امتنع عن المشاورة أو المداولة يكون عرضة للتهمة والتحيز، وذلك لأن المحكم كالقاضي في وجوب احتفاظه بصفته إلى حين انتهاء مهمة التحكيم ؛ أي إلى حين صدور الحكم.

**ثالثاً:** أن جلسة المشاورة من جميع أعضاء هيئة التحكيم تضبط حدود القضية موضوع النزاع من حيث تناولها للأدلة المطروحة وتطبيق القانون على الوقائع والنتيجة التي سيحسم فيها النزاع، وهذا أدعى لامتثال الحق والعدالة، ولذا وجب اشتراكهم جميعاً ووحدهم حتى ينتهي الأمر دون وقوع خلاف بين المجتمعين، أو أن يصدر الحكم – على الأقل – بأغلبية آراء المجتمعين

[1] والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٤٢٨ – ٤٢٩، أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ص:٧٨.

[2] الدردير، أبو البركات، ج/ ٤، ص: ١٣٩، وفي ذلك يقول المازري: القاضي مأمور بالاستشارة ولو كان عالما لأن ما فكر فيه الفقهاء وبحثوا فيه تثق النفس به ما لا تثق بواحد إذا استبد برأيه ولا يمنع من ذلك كونهم مقلدين لاختلافهم في الفتوى فيما ليس بمسطور بحسب ما يظن كل واحد منهم أنه مقتضى أصول المذهب. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج/١، ص: ٣٣–٣٤، ومثله في حاشية الرملي، أن المشاورة في القضايا المشكلة واجبة، وإلا تكون مستحبة، حاشية الرملي، ج/ ٤، ص: ٢٩٩.

## المطلب الثاني: الأحكام الشكلية المتعلقة بصدور حكم التحكيم

لم أجد عند الفقهاء أو القانونيين تعريفاً محدداً للأحكام الشكلية [١]، إلا أنه وبناءً على ما يتطلبه الحكم من شروط شكلية يمكن تعريف الأحكام الشكلية بأنها: تلك الأمور الإجرائية التي يتم اتباعها لاستكمال ثبوت الحكم ولزومه فيما لا يقبل الطعن أو الاعتراض، ولم تكن الشروط الشكلية في الحكم ذا أهمية في الفقه القديم، فإنه يكفي مجرد قول القاضي حكمت بكذا ليكون ذلك حكماً صحيحاً يرتب آثاره، وقد يكون الحكم بالفعل، كأن يكتب الحكم بيده ويقول: إشهدوا علي بمضمونه [٢]، إلا أن تطور المعاملات وتعدد أشكالها وتعقيداتها جيلاً بعد جيل دعا المتأخرين من الفقهاء إلى تنظيم أحكام شكلية أصبحت جزءاً أساسياً من عمل القضاء وحجة ملزمة، وتطرق الفقهاء لمثل هذه التنظيمات عند حديثهم عن أحكام المحاضر والسجلات القضائية وكيفية ثبوت الحكم وإصداره، ومع هذا التطور الذي وصل إلى أشكاله المتعددة في العصر الحالي، يثور تساؤل حول قيمة هذه الأحكام بالنسبة لترتب أثرها، هل يعتبرها الفقهاء من باب القواعد الشكلية ؟ أم أنهم يعتبرونها تابعة لمجرد طلب الأطراف أو تراضي المتعاقدين ؟ يترتب على هذا الأمر أنه لو قلنا أن تنظيم الحكم في صورة سجل مثلاً أو صك أو بتدوين أسماء الشهود وغير ذلك هو حكم شكلي فإن الحكم لا يكون صحيحاً بغير اتباع الشكل المخصوص بعينه، أما لو كان تابعاً لتراضي الأطراف أو طلب الخصوم، فإن صدور الحكم بغير خصوص هذه الشكليات يكون صحيحاً، وسأعرض أقوال الفقهاء من خلال كل واحدة من الشكليات التي يتعلق بها إصدار الحكم.

### الفرع الأول: كتابة الحكم

اعتبر الفقهاء كتابة الحكم إجراءً لازماً من إجراءات توثيق الحكم وحفظه إلا أنه ليس بإجراء شكلي، ولا يترتب على عدم كتابة الحكم بطلان، فإذا قضى بين الخصوم من دون توثيق الحكم وأشهد على حكمه كان حكمه صحيحاً نافذاً، وكان قوله مصدقاً[٣]، إلا أنهم اتفقوا على أنه إذا

---

[1] وقد وجدت تعريفاً للعقد الشكلي عند السنهوري حيث عرفه بأنه: ما لا يتم بمجرد تراضي المتعاقدين، بل يجب لتمامه فوق ذلك اتباع شكل مخصوص يعينه القانون، الغرض من استبقاء شكليتها هو في الغالب تنبيه المتعاقدين إلى خطر ما يقدمون عليه من تعاقد، كما في الهبة والرهن، وإذا قرر القانون شكلاً معيناً لعقد من العقود، فلا يكون العقد صحيحاً إلا باستيفاء هذا الشكل، وعدم استيفائه يقتضي بطلان العقد. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج/١، ص: ١٦٣ – ١٦٥.

[2] الطرابلسي، معين الحكام، ج/ ١، ص: ١٨٢.

[3] ابن قاضي سماونة، جامع الفصولين، ج/ ١، ص: ٧١، شيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج/٣، ص:٢٢٩، ابن أحمد أبو عبدالله، شرح ميارة الفاسي، ج/١، ص: ٧٧– ٧٨، جعيط، محمد، الطريقة المرضية، ص: ٢٢٨– ٢٢٩، النووي،أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج/٤، ص:٢٩٩، حاشية الرملي، ج/٤، ص:٢٩٨، المرداوي، الإنصاف، ج/١١، ص: ٣٣٢.

بادر بتسجيل الحكم وكتابته فإنه لا بد لاعتباره سجلاً صحيحاً أن يتوفر فيه شروط شكلية، إذا تخلف شيء منها كان السجل باطلاً ولا يعتد به، فالشكلية المعتبرة عند الفقهاء في تنظيم السجل ومحتوياته وليس في ذاته، فلا يعد أصل السجل حكماً وإنما هو مخبر عن الحكم، فإن أراد الإشهاد على حكمه فإنه يُشهد على ذات الحكم لا على ما كتبه[١]، لأن الحكم كما أسلفنا أمر نفساني قد يعبر عنه بالقول أو الفعل أو الإشارة، والسجل أمر زائد عنه، والفرق بين المحضر والسجل أن المحضر: هو حكاية الحال وما جرى بين المتنازعين من دعوى وإقرار وإنكار وبينة ويمين، أما السجل: فهو تنفيذ ما ثبت عنده وإمضاء ما حكم به [٢]، واعتبر الحنابلة السجل ما تضمن الحكم ببينة، وشرح ثبوت الحق عنده بغير حكم هو المحضر[٣]، ولتوثيق الحكم بسجلٍ أو وثيقةٍ فوائدَ منها: دفع مفسدة تجديد الخصومة، فيكون السجل تحصيناً للمحكوم له أن يثار عليه دعوى في ذات الموضوع ثانية، كما أن فيه احتياطاً لمصلحة الخصوم الذين لا يملكون الدفاع عن أنفسهم بتجدد الدعوى كالصبي والمجنون والوقف وغير ذلك، سوى أن القاضي قد يتعرض لنسيان الدعوى التي حكم بها وجزئيات الواقعة موضوع الدعوى لطول المدة أو كثرة انشغاله بالقضايا المعروضة عليه، فتكون السجلات والمحاضر وسيلة ليتذكر وقائع الدعوى والحكم الصادر منه، وإلا فلا يُحتاج إلى كتابة الحكم لأنه قد تم بحضور الخصم بنفسه أو من يقوم مقامه إلا إذا قُدّرَ أنه غاب بعد الحكم عليه وجحده فحينئذ يُكتب له ليسلم إليه حقه أو لينفذ حكمه[٤]، وما يقال في حكم القاضي يقال في حكم المحكم، لأن مهمة المحكم التي تأخذ منحى العمل القضائي أثناء إصدار الحكم بين المحتكمين توجب على المحكم أن يباشر الحكم بذات الكيفية التي يصدرها القاضي، ولكن الحكم الصادر منه عند الفقهاء لا يشترط فيه تدوينه كتابة إلا إن طلب الخصوم ذلك [٥] أو كان المحكم قد بادر بنفسه إلى توثيق الحكم كتابة وأشهد عليه، وعندئذ وجب أن يراعي شكلية تدوين الحكم التي يتبعها القاضي تحقيقاً للعدالة.

بينما أوجب القانون كتابة حكم التحكيم، وجعله قاعدة شكلية في الحكم، فالقانون لا يعرف حكم تحكيم شفوي، ومثل هذا الحكم يكون منعدماً، فضلاً عن أن حكم التحكيم يجب إيداعه،

---

[1] النووي،أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج/٤، ص:٢٩٩، وانظر: برهان الدين مازة، المحيط البرهاني، ج/٣، ص: ٢٥٥٨

[2] منلاخسرو، درر الحكام شرح غرر الأحكام، ج/٢، ص: ٤١٢، الماوردي، أدب القاضي، ج/ ٢، ص: ٧٤.

[3] المرداوي، الإنصاف، ج/١١، ص: ٣٣٣.

[4] مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج/٣، ص:٢٢٩،الزيلعي، تبيين الحقائق،ج/٤، ص:١٨٤، برهان الدين مازة، المحيط البرهاني، ج/٣، ص: ٢٥٥٨، الصاوي، ابن أحمد أبو عبدالله، بلغة السالك، ج /٤، ص: ٧٦، شرح ميارة الفاسي، ج/١، ص: ٧٧- ٧٨، الماوردي، أدب القضاء، ج/ ٢، ص:٧٣، ٧٤.

[5] شرح ميارة الفاسي، ج/١، ص: ٧٧-٧٨.

ويوضع عليه أمر تنفيذ، ولا يتصور إيداع أو وضع أمر بالتنفيذ إلا على ورقة مكتوبة، وإذا كان للأطراف الاتفاق على الإجراءات المتبعة دون التقيد بما ينص عليه قانون التحكيم، فإن هذه السلطة لا تشمل الاتفاق على عدم صدور الحكم كتابة، ويمكن أن تتم كتابة الحكم بخط اليد، أو بطريق آلة طابعة[١].

**الفرع الثاني: بيانات الحكم**

يجب توفر بيانات معينة في وثيقة الحكم، وهذه البيانات تعد واحدة من القواعد الشكلية التي يترتب على عدم ذكرها بطلان الحكم النهائي، وقد أولى الفقهاء مزيداً من الاهتمام بترتيب وثيقة الحكم وجعلوا لها أعرافاً وشروطاً متبعة لا ينبغي الخروج عنها مخافة إثارة الظنون ووقوع الاشتباه[٢]، حتى أنهم عدوها صناعة ما ينبغي أن يلج حرفتها إلا متبصراً بدقائقها، عالماً بفنونها، وقد أفردوا التأليف في علم كتابة المحاضر والسجلات والعقود وفصلوا ببيان كل محضر أو سجل كيف يضبط بالنسبة إلى موضوعه [٣]، ولن أفصل في حدود السجلات ودقيق شكلياتها لأنها ليست مجال البحث هنا بقدر ما ينبغي أن نعرف المطلوب اللازم في بيانات الحكم بالشكل العام، ومن أراد الاستزادة فليرجع إلى كتب الشروط والمحاضر والسجلات ففيها ما يغني، ومن البيانات اللازمة في وثيقة الحكم ما كان موضع اتفاق بين الفقه والقانون ومنها ما انفرد به أحدهما وفقاً للحاجة أو الضرورة أو اختلاف الأعراف التي قد تتطلب أحد هذه الإجراءات أوأنها تعتبرها غير ضرورية، كما يلي:

---

[1] والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٤٣٤، القانون النموذجي (اليونسترال)، المادة ( ٣٤ / ٢).

[2] الماوردي، أدب القاضي، ج/ ٢، ص، ٧٠ – ٧١.

[3] ومن هذه المؤلفات ماكان في ثنايا كتب الفقه، كما في المبسوط وشرح المنهاج، ومنها ما كان مفرداً في كتب خاصة كما فعل السبكي في الإبريز والطحاوي في الشروط، وابن العطار في الوثائق والسجلات، والحسن بن حبيب في كشف المروط عن الوثائق والشروط، وابن برهام وابن الصيرفي وابن سماعة والخصاف والأسيوطي، وغيرهم. أنظر: تعليق: السرحان، محيي هلال،على أدب القاضي للماوردي،ج / ٢، ص: ٧٣-٧٤.

**أولاً: أسماء الخصوم والمحكمين وعناوينهم**

يجب في الوثيقة عند الفقهاء كتابة اسم القاضي أو المحكم بأن الخصومة قد انعقدت بحضرته، ثم يكتب اسم المدعي واسم أبيه وجده وحليته وينسبه إلى قبيلته وفخذه أوصناعته إن لم يكن من العرب، وكذلك يفعل في المدعى عليه، لأن التعريف يقع بهذه الأشياء[1] ولا يكتفي بالاختصار، بل يقع باطلاً إن دون السجل بقوله فلان فقط دون تفصيل، لأن التفصيل مهم في عدم وقوع من يتفق معه في الاسم قطعاً للاحتمال، ثم يشير إليه، وفي الإشارة يقول: قضيت لمحمد هذا على أحمد هذا، فالإشارة في موضعها من أهم ما يحتاج إليه في الدعوى قطعاً للاحتمال حتى قالوا: لو كتب حضر فلان مجلس الحكم وأحضر معه فلاناً فادعى هذا الذي حضر عليه، لا يفتى بصحة المحضر وينبغي أن يكتب على هذا الذي أحضر معه، لأنه بدونه يوهم أنه أحضره وادعى على غيره وكذا عند ذكر الخصمين في أثناء المحضر لا بد من ذكر هذا فيكتب المدعي هذا والمدعى عليه هذا [2]، ويذكر محل إقامته ليسهل خطابه إن كان حكماً على غائب، وأما النسبة إلى المدينة أو البلدة ( والتي تقابل الجنسية في العصر الحالي) فبعض الفقهاء اعتبر أن التعريف لا يتم بالنسبة إلى قوم لا يحصون، وقيل: الفرغاني نسبة عامة والأوزجندي خاصة وقيل السمرقندي والبخاري عامة والنسبة إلى السكة الصغيرة خاصة وإلى المحلة الكبيرة عامة "طحم" المدينة والقرية والكورة ليست بسبب للتعريف ولا تقع المعرفة بالإضافة إليها، بينما اعتبرها آخرون هامة في تمييز من كان غريباً عن بلدته ولا يعرف إلا بنسبته إليها [3]، وخلاصة ذلك أن الاحتياط لدفع الشبهة وتحقيق معرفة شخص المحتكمين بكل ما يمكن أن يحصل به المعرفة ورفع الالتباس بأي شيء كان معتبراً مقبولاً.

وألزم القانون أن يتضمن الحكم أسماء الخصوم وعناوينهم بما في ذلك الخصم المدخل أو المتدخل، وذلك على النحو الكافي لتمييز كل خصم ودون أن يلتبس بغيرهم، وهو ما أقرته المعايير الشرعية كذلك [4]، ولا يلزم ذكر الأسماء والعناوين في صدر الحكم أو في موضع معين

---

[1] الطرابلسي، معين الحكام، ج/٢، ص: ٦٢، الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير،ج/ ٧، ص:٢٨٧،ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج/١، ص: ١٣٧، الشربيني، مغني المحتاج، ج/٤، ص: ٤٤٦، أبو البركات بن تيمية، المحرر في الفقه،ج/٢، ص: ٢١٣ – ٢١٤، ابن قدامة، المغني، ج/ ١٠، ص: ١١٦، ابن العطار، الوثائق والسجلات، ص: ٥٩١، الطحاوي، الشروط الصغير، ج/٢، ص: ٧٧٥.

[2] ابن قاضي سماونة، جامع الفصولين،ج/١، ص: ٧١، منلاخسرو، درر الحكام، شرح غرر الأحكام، ج/٨، ص: ٤٢٥ –٤٢٦، برهان الدين مازة، المحيط البرهاني، ج/٣، ص: ٢٦١٨، الطرابلسي، معين الحكام، ج/٢، ص: ١٤٤،ابن شهاب، محمد، الفتاوى البزازية، ج/١، ص:٥٢٠ –٥٢١، الشربيني، مغني المحتاج، ج / ٤، ص: ٤٤٦،البشتاوي، جواهر الروايات ودرر الدرايات في الدعاوى والبينات، ص: ٦٥.

[3] ابن قاضي سماونة، جامع الفصولين،ج/١، ص: ٧٢-٧٣، الأسيوطي، جواهر العقود،ج/ ٢، ص:٣٧٠.

[4] المعايير الشرعية، التحكيم، المادة ( ١١ / ٩ ).

منه، بل يكفي ذكرها في أي موضع منه، أما بيان الجنسية فالمقصود منه التحقق من مراعاة ما قد ينص عليه اتفاق التحكيم من شرط خاص بجنسية المحكمين، ويعدّ النقص أو الخطأ في أسماء الخصوم و صفاتهم وكذلك عدم بيان أسماء المحكمين الذين أصدروا الحكم عيباً يترتب عليه بطلان الحكم[١].

**ثانياً: ملخص طلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم**

ويتضمن ذلك أقوال المدعي والمدعى عليه وأجوبتهم ومضمون السندات التي أبرزوها، وإذا كانت الدعوى قد سردت من خلال جلسات متكررة، ودونت وفق محاضر متعددة، فإنه ينبغي تنقيح وتدقيق جميع ما انطوت عليه تلك المحاضر، بأن تطوى المكررات من أقوالهم، أو الإفادات غير اللازمة في الدعوى، لأن المكرر يوجب صعوبة وتشويشاً حين تدقيق إعلام الحكم النهائي، وإبقاء غير اللازم وغير المفيد في الدعوى اشتغال بالعبث، ثم يدون أقوال المدعي والمدعى عليه وأجوبتهما المتعلقة بالدعوى والتي تمس الحكم في مكان واحد، وتنقيح المحاضر لاستخلاص سجل الحكم النهائي من الأمور الهامة جداً والتي ينبغي توخي الدقة فيها منعاً من إغفال ما يتعلق بالحكم من بينات أو أجوبة، ولهذا كان يُحتاط في بعض البلاد قديماً في إعادة كتابة كل ما ورد في المحاضر في سجل الحكم ثم يعقبونها بالقضاء فيها، وحجتهم في ذلك أن ما يزيده في السجل مما لا يضر تركه، كما أنهم كانوا يختلفون في توثيق جميع أسماء من يحكمون به من الشهود في سجلاتهم: فكان كثير من الكوفيين ومن البصريين لا يسمونهم في كتبهم، وكان بعضهم وكل قضاة المدنيين يسمونهم في كتبهم، ويحتجون في ذلك بأنه قد يجوز أن يوقف في المستأنف من الشهود الذين يحكم بهم على معنى يجب به ردّ شهادتهم، ولو ثبت ذلك ( أن شهادة الشاهد غير مقبولة ) فما لم يكونوا مسمين لم يقدر على الواجب في ذلك من ردّ القضاء الذي كان تقدم بهم [٢].

أقول: إن الاحتياط المقصود عند تنقيح أقوال الخصوم وأدلتهم، هو التنقيح الذي لا يُحدث تغييراً أو تبديلاً في شيء من وقائع الدعوى ولا يؤثر في الحكم، وهذا يقتضي التحري والتأني في عرض أقوال الخصوم وأدلتهم، ولذا فإن المشاورة التي تسبق إعلان الحكم هامة جداً في ضبط صياغة الحكم، ولا يعتبر القانون الحديث فكرة إعادة تفاصيل المحضر لتختم بالحكم النهائي مجدية في الوصول لنتيجة الحكم، لأن الغرض من عرض ملخص أقوال الخصوم ومستنداتهم

---

[1] أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ص: ٢٧٨– ٢٧٩، والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٤٣٥ – ٤٣٦، قانون التحكيم الأردني، رقم ( ٣١) لسنة ٢٠٠١، المادة ( ٤١ / ب ).

[2] الطحاوي، الشروط الصغير، ج/ ٢، ص: ١٠٨٥ – ١٠٨٦، الأسيوطي، جواهر العقود، ج/ ٢، ص: ٣٧٢ – ٣٧٣، حيدر، علي، مجلة الأحكام العدلية، ج/ ٤، ص: ٦٠٢.

توفير الرقابة على عمل المحكمين، والتحقق من حسن استيعابهم لوقائع النزاع ودفاع طرفيه، والوقوف على أسباب الحكم الصادر فيه رعاية لحقّ الخصوم، فما كان مؤثراً في نتيجة الحكم من أقوال الخصوم ودفاعهم وجب بيانه، أمّا ما كان غير لازم في فصل الدعوى كالحكم بعدم الاختصاص أو بعدم القبول، أو برفض دفع من الدفوع، فلا يعيب عدم ذكرها في الحكم لأنها غير متعلقة بمضمونه[١].

**ثالثاً: تاريخ إصدار الحكم**

ليس بخافٍ ما لتأريخ الحكم من أهمية في حفظ الحقوق وتنفيذها ولمعرفة متى يبدأ حق المطالبة بمضمون العقد أو الحكم أو الآثار المترتبة عليه سواء كانت حقوقاً مالية أو شخصية أو تنظيمية، فلو نظم طرفان مثلاً عقد إيجار وبدأ تأريخ العقد من يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا، فإنه ليس من حق المستأجر المطالبة بتخلية منفعة العقار قبل بدء تاريخ الإجارة، وليس للمالك حق المطالبة ببدل الإجارة قبل بدء تاريخها، كما أن بعض الأحكام الصادرة من المحكمة يبدأ المطالبة بالحق المتضمن لها من تاريخ الطلب، ومنها ما يبدأ من تاريخ الحكم، فمثلاً تبدأ الزوجة باحتساب العدة من حين تاريخ صدور الحكم بالطلاق، بينما في نفقة الزوجة، يحكم بتنفيذ النفقة من حين تاريخ المطالبة بها مهما طال أمد المحاكمة، وبالتالي فإن التأريخ للحكم في مثل هذه القضايا وغيرها مهم لمعرفة العبرة من الحكم هل هو من تاريخ الطلب أم من تاريخ الحكم.

والدليل على التاريخ في القرآن الكريم قوله تعالى: {يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ } [البقرة: ١٨٩]، قال العوفي عن ابن عباس: سأل الناس رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عن الأهلة فنزلت هذه الآية "يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس" يعلمون بها حل دينهم وعدة نسائهم ووقت حجهم، وقال أبو جعفر عن الربيع عن أبي العالية: بلغنا أنهم قالوا يا رسول الله لم خلقت الأهلة؟ فأنزل الله "يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس" يقول جعلها الله مواقيت لصوم المسلمين وإفطارهم وعدة نسائهم ومحل دينهم وكذا روي عن عطاء والضحاك وقتادة والسدي والربيع ابن أنس نحو ذلك [٢].

وأول من أرّخ الكتب والإعلامات أبو موسى الأشعري رضي الله عنه، كتب إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعد أربع سنين من خلافته إنه يأتينا منك كتب ليس لها تاريخ فأرّخْ لتستقيم الأحوال، فأرَّخ، وقيل رفع إلى عمر صك محله شعبان، فقال أي شعبان هذا الذي نحن

---

[1] والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٤٤٠، المعايير الشرعية، التحكيم، المـــادة ( ١١ / ٩ ).

[2] ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج/ ١، ص: ٢٢٦.

فيه أم الماضي أم الذي يأتي ؟ فالأصل في التاريخ أن يكون بالهجرية لأنها سمة التأريخ عند المسلمين [١].

أقول: ولما كان كثير من الدول تعمد إلى التاريخ الميلادي فلا بد من الاتفاق ابتداءً على صيغة التاريخ المتبعة من أول العملية التحكيمية وحتى نهايتها، وأرى أفضلية الجمع بين الصيغتين، فيبدأ بالهجرية من يوم كذا من شهر كذا لسنة كذا ويوافقها بالميلادية من نفس التاريخ.

والعبرة بالنسبة لتحديد تاريخ صدور الحكم هو بالتاريخ المثبت في نسخة الحكم الموقعة من المحكمين، فإن تعددت تواريخ توقيعاتهم فالعبرة بآخر تاريخ، وأهمية هذا البيان هو تحديد الوقت الذي تسري فيه آثار الحكم وأهمها حجية الأمر المقضي، وكذلك معرفة ما إذا كان الحكم قد صدر في ميعاد التحكيم أو بعد انقضاء هذا الميعاد، وبالتالي بعد زوال سلطة المحكمين في إصداره، على أنه يلاحظ أنه إذا لم يتضمن حكم التحكيم تاريخ صدوره، فإنه يمكن أن يُستدل على هذا التاريخ من محضر الجلسة التي صدر فيها الحكم، إذ الأصل في ثبوت تاريخ إصدار الحكم هو محضر الجلسة الذي أُعدّ لإثبات ما يجري فيها، كما أنه يمكن التأكد من صدور الحكم في ميعاد التحكيم إذا كان الحكم قد أودع قلم كتاب المحكمة قبل انقضاء هذا الميعاد، أو كان أحد المحكمين الموقعين على التحكيم قد توفي قبل انقضائه [٢].

**رابعاً: توقيع المحكمين على الحكم**

لا يكون للحكم وجود شرعي ولا قانوني دون أن يكون موقعاً عليه ممن أصدره، ولم يعد أن يكون بيانات لا قيمة لها، فالتوقيع على وثيقة الحكم إعطاء له الصفة المعتبرة والحجة التي تحميه من الإبطال [٣]، ولم تكن التوقيعات على سجلات الأحكام قديماً بذات الصورة التي ترد في المعاملات الحديثة، فالتوقيع اليوم لا أكثر من مجرد إمضاء أو رمز بخط القاضي أو المحكم أو المسؤول الذي يسطر عقداً أو أمراً أو غير ذلك مما يسري موضع التنفيذ، بينما كانت التوقيعات

[1] وقيل أول من أرخ يعلى بن أمية، كتب إلى عمر رضي الله عنه من اليمن كتابا مؤرخا فاستحسنه، وشرع في التاريخ، وقال ابن عباس رضي الله عنهما: لما عزم عمر رضي الله عنه على التاريخ جمع الصحابة واستشارهم، فقال سعد بن أبي وقاص: أرخ لوفاة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، وقال طلحة: أرخ لمبعثه، وقال علي بن أبي طالب: لهجرته فإنها فرقت بين الحق والباطل، وقال آخرون لمولده، وقال قوم لنبوته، وكان ذلك في سنة سبع عشرة من الهجرة وقيل سنة ست عشرة، فاتفقوا على أن يؤرخوا بالهجرة، ثم اختلفوا فيما يبدأون به من الشهور، فقال عبد الرحمن بن عوف: ابدأ برجب فإنه أول الأشهر الحرم، وقال طلحة ابدأ برمضان فإنه شهر الأمة وفيه أنزل القرآن، وقال علي ابدأ بالمحرم لأنه أول السنة ومن الأشهر الحرم، وقيل إنما أشار بالمحرم عثمان بن عفان رضي الله عنهم فاستقر الحال على ذلك. الأسيوطي، جواهر العقود، ج/ ٢، ص: ٥٩٩- ٦٠٠.

[2] يونس، محمود مصطفى، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، ص: ٥٤ – ٥٥، أنظر: والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٤٤١.

[3] أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ص: ١٢٢ – ١٢٣.

على الكتب قديماً صناعة لا يتقدم إليها إلا عارض بلاغة وعلم وأدب وعناية بأصول العلم وتسطير الكتب، لأنه مترجم عن إرادة القاضي أو الحاكم أو الخليفة[1]، وهو أمين فيما يكتب – هذا إذا كان الكاتب من يسطر التوقيع – وإن كان الذي يسطره القاضي أوالناظر في المظالم أو غيرهم فإنه لابد أن يكون له توقيعه الخاص الذي يشتهر به ويميز به كتابه منه، لأنه سيكون ملزماً بالحكم بمضمونه [2]، وموضعه تحت باء البسملة على جنب المكتوب على رأس أول سطر منه، والتوقيع على المكاتيب الشرعية مرتب على مقتضيات ما شرح فيها وعلى ما شهد به فيهما مما يسوغه الشرع الشريف المطهر، وكل مكتوب يوقع فيه على هامشه بحسب ما شهد فيه، وذلك كله دائر بين ثبوت وحكم بالموجب أو ثبوت وحكم بالصحة أو ثبوت وتنفيذ أو ثبوت مجرد، كما ويميز التوقيع بنوع الحبر المستخدم والورق بحسب مكانة المكتوب بالنسبة لمقامات أصحابها، فالمستخدم من الوزير يختلف عن المستخدم من الحاكم وهكذا [3].

وفي التحكيم إذا كان المحكم فرداً، فلا مشكلة بالنسبة للتوقيع لأن الحكم لا يصدر إلا بتوقيعه، أما إذا كانت الهيئة أكثر من محكم فإن اتفقوا على الحكم وقعوا جميعاً على الحكم، أما إذا اختلفوا، فإن الحكم يصدر صحيحاً إن وقعه أغلبية المحكمين، وعندئذ يجب إثبات الأسباب والأعذار في عدم توقيع الأقلية [4]، فإن امتنع المحكم عن التوقيع وامتنع عن ذكر أسباب امتناعه عن التوقيع على الحكم تولى رئيس الهيئة ذكر سبب الامتناع وأن هذا الامتناع لمخالفته رأي الأغلبية دون حاجة إلى تفصيل أسباب الامتناع، كما أنه لا يترتب على عدم ذكر أسباب الامتناع عن التوقيع بطلان الحكم [5].

واعتبرت المعايير الشرعية صحة صدور قرار التحكيم بالتمرير ولو لم يجتمعوا في آن واحد، فالأصل أن يصدر قرار التحكيم في مجلس يضم المحكمين إن كانوا متعددين، أو أكثرهم بعد دعوتهم، ويمكن إصداره بالتمرير بعد إعداده من المحكم الفيصل، أو رئيس هيئة التحكيم أو أحد المحكمين بتكليف منهم وإرساله إلى باقي المحكمين لإقراره، شريطة تحقق الإجماع في حالة التمرير [6].

---

[1] ابن الأزرق، بدائع السلك، ج/١، ص: ٢٧٥ – ٢٧٦.

[2] الماوردي، الأحكام السلطانية، ج/ ١، ص: ١٠٥، الأسيوطي، جواهر العقود، ج/ ٢، ص: ٣٩٢ –٣٩٣.

[3] ابن المحسن، رسوم دار الخلافة، ج / ١، ص: ١٢٧، الأسيوطي، جواهر العقود، ج/ ٢، ص: ٢٩٥– ٢٩٦.

[4] المعايير الشرعية، التحكيم، المادة ( ١١ /٨ )، القانون النموذجي، اليونسترال، المادة ( ٣٤ / ٤ ).

[5] استئناف القاهرة – ٩١ / تجاري ٢٠٠٤/٤/٢٨، في الدعوى ٨٩ لسنة ١٢٠ ق. تحكيم. أنظر: والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٤٤٢.

[6] المعايير الشرعية، المادة ( ١١ / ٧ ).

**الفرع الثالث: تسبيب الحكــم**

لم يشترط الفقهاء ذكر المستند الذي يقوم عليه الحكم، وهي الأدلة التي اعتُمد عليها في الوصول إلى الحكم، كثبوت الإقرارات والأيمان والحجج والبينات ممن أقامها، فلو أنه قال: ثبت بالوجه الشرعي، ولم يفصل مستند الحكم كان حكمه صحيحاً لأنه مصدق في قوله بدليل نفاذ حكمه وقضائه، ولا يلزم من كون الحاكم أثبتها أن يكون حُكماً، فالحُكم يختلف عن إثبات السبب، إلا أن يطلب الخصم من القاضي أن يذكر مستندات حكمه ليتبين، فلا بأس أن يكتب له، واعتبر إسناد الحكم إلى أسبابه عملاً مندوباً إليه مع كثرة القضايا المطروحة، لكنها لم تكن واجبة يترتب عليها إبطال [1]، ولذلك عدها الإمام السرخسي من باب اللين الذي ينبغي للحاكم أن يتحلى به مع الخصوم خصوصاً إن علم في الخصم ضعفاً يؤدي إلى كسر قلبه لأجل أنه محكوم عليه وهذا من باب قوله تعالى: {وَلَوْ كُنْتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لَانْفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ} [آل عمران: ١٥٩]، "وينبغي له أن يتعذر إلى كل من يخاف أن يقع في نفسه عليه شيء إذا قضي عليه وأن يفسر للخصم ويبين له حتى يعلم أنه قد فهم عنه حجته وقضى عليه بعد ما فهم وبذلك تنتفي عنه تهمة الميل وينقطع عنه طمع الخصم والعالة فيه، ولأنه يصون بذلك الخصوم عن الفتنة والشكاية منه وهو مندوب إلا أن لا يترك جهده في ذلك وإن كان لا يطمع في أمانته إلا نادرا..ليكون ذلك سبب تأليف القلوب واجتماع الكلمة عليه "[2]، وندب إليه الإمام الشافعي أيضاً بقوله: "وأحب للقاضي إذا أراد القضاء على رجل أن يجلسه ويبين له ويقول له احتججت عندي بكذا وجاءت البينة عليك بكذا واحتج خصمك بكذا فرأيت الحكم عليك من قبل كذا، ليكون أطيب لنفس المحكوم عليه وأبعد من التهمة وأحرى إن كان القاضي غفل من ذلك عن موضع فيه حجة أن يبينه، فإن رأى فيها شيئا يبين له أن يرجع أو يشكل عليه أن يقف حتى يتبين له فإن لم ير فيها شيئا أخبره أنه لا شئ له فيها وأخبره بالوجه الذي رأى أنه لا شئ له فيها وإن لم يفعل جاز حكمه غير أن قد ترك موضع الاعذار إلى المقضى عليه عند القضاء" [3]، ومن فوائد تسبيب الحكم وإدراجها في إعلام الحكم: أن ذكر الأسباب الثبوتية الموجبة في الإعلام تمكن المحكوم عليه من الاطلاع عليها، فلا يذهب أن الحاكم ظلمه وهضم حقه[4].

---

[1] الخصاف، أدب القاضي، ج/ ٣، ص: ٨٤ – ٨٥، الطرابلسي، معين الحكام، ج/١، ص: ١٤٢، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج/ ١، ص: ٨١، محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص: ٢٢٢،ابــن قدامــة، المغنــي،ج/١٠، ص:١١٦، الأسيوطي، جواهر العقود، ج/ ٢، ص: ٣٧٨ – ٣٧٩.

[2] السرخسي، المبسوط، ج/١٦، ص: ١٠٨.

[3] الشافعي، الأم، ج/ ٦، ص: ٢١٦.

[4] حيدر، علي، أصول الدعوى الحقوقية، ص: ٢٨٥.

وفي المقابل ألزم متأخرون من الفقهاء قاضي الضرورة أن يسبب أحكامه، فيلزمه بيان مستنده في سائر أحكامه ولا يقبل قوله: حكمت بكذا، من غير بيان مستنده فيه، ولو طلب الخصم من القاضي تبيين الشهود التي ثبت فيها الأمر لزم القاضي بيانهم وإلا لم ينفذ حكمه [١].

أقول: إن القول بالتسبيب بالنسبة لحكم القضاة بشكل عام وحكم المحكمين بشكل خاص يتضمن أمرين: الأول: أنه يتوجه قول الفقهاء في أن التسبيب ليس بلازم وأنه يندب إليه، على اعتبار أن الشروط التي وضعها الفقهاء في شخص القاضي والمحكم وعلمهما، كانت محلاً لأن تقبل أحكامهما بغير تسبيب، أما وقد تغيرت أسس اعتبار ما يتوفر من تلك الصفات في الحاكم في عصرنا الحالي، فإن الأمر فيه نظر، ذلك أن وجود الحاكم المجتهد صار أمراً نادراً جداً، وهذا يستدعي أن نعتبر جانب الحيطة والدقة في تنظيم الأحكام، منعاً من ضياع الحقوق، وإذا كان الفقهاء قد ألزموا قاضي الضرورة أن يسبب أحكامه، فإن الأحكام التي تصدر في عصرنا الحالي من القضاة أو المحكمين تقاس على أحكام قاضي الضرورة فنقول بوجوب تسبيب الحكم، وأنه يقع باطلاً كل حكم يصدر من القاضي أو المحكم بغير تسبيب، مادام أن ذلك سبيل لإيضاح الحق وبيانه، وهو ما استقر عليه العمل في القضاء بكافة أشكاله في العصر الحالي، حيث أنه لازم لصحة الحكم أن يكون مسبباً، ثم إنه إن أوجبنا على القاضي أن يسبب حكمه رعاية لحفظ حق الخصم ووضوح البينة وخروجها عن نطاق التهمة، فإن تلك العلة تتحقق في المحكم من باب أولى.

والثاني: أن التحكيم يتنازعه أمر التعاقد وإرادة الخصوم، وأنه في الاعتبار العام يمكن أن يتجاوز المحكم بعض الشكليات القانونية إن كانت لا تمس النظام العام، إذا كانت محددة ابتداءً بإرادة من أطراف العقد واضحة، وعليه فإنه لا يمنع أن يتجاوز المحكمون تسبيب الحكم في التقرير النهائي، ولكن بضوابط مقبولة، وهذا ما نصت عليه أعراف التحكيم الحديثة وأكدته المعايير الشرعية والقانون النموذجي، في أن تسبيب الحكم بالنسبة لهيئة التحكيم غير لازم في حالتين: إذا اتفق الأطراف صراحة على صدور الحكم دون سبب، وإذا كان القانون الواجب التطبيق لا يشترط بيانها، وفي غير هاتين الحالتين يقع باطلاً عدم تسبيب قرار التحكيم بالشكل المعروف [٢].

---

[1] حاشية الرملي، ج/ ٤، ص: ٢٩١ – ٢٩٢، المليباري، فتح المعين، ج /٤، ص: ٢١٦

[2] المعايير الشرعية، المادة ( ١١ / ٩ )، القانون النموذجي، اليونسترال، المادة ( ٣٤ / ٣ ).

وعليه فإن تسبيب الحكم الذي يجري في الوقت الحالي يتضمن أمرين في وقت واحد:

**الأول:** عرض مجموعة الأسباب الواقعية والقانونية التي قادته إلى التقرير وإصدار الحكم، ويعد التسبيب عند هذا الحدّ ركناً شكلياً في الحكم باعتباره النموذج الذي لا خلاف على تسبيبه.

**والثاني:** أن تعبّر هذه الأسباب عن العملية العقلية التي وصل بها إلى نتيجة معيّنة، بحيث يتضمن حكمه تفسيراً يبين به للكافة أسباب اتخاذه للقرار على نحو معين، والتحقق من أنه أتقن وأحسن الاختيار الذي انتهى إليه من بين الاختيارات المختلفة التي كانت مطروحة أمامه قبل اتخاذ الحكم أو القرار، وبذلك يكون التسبيب إجراءً ونتيجة في ذات الوقت[1].

## المطلب الثالث: الإجراءات التي تتبع صدور حكم التحكيم

من الجدير بالذكر أن إجراءات إصدار الحكم يجب أن يخضع فيها المحكم لشكل الأحكام العادية، أيّاً كان الرأي في طبيعة حكم المحكم من الناحية الموضوعية أو يعتبره عقداً، وحتى وإن كان المحكم مصالحاً [2]، ومع ذلك تم التهاون في بعض هذه الإجراءات التي لا أثر للحكم فيها على عامة الناس لاختلاف مهمة القاضي ومهمة المحكم، ومن ذلك النطق بالحكم، فلا يُشترط إصدار قرار التحكيم في مواجهة الخصوم ولا النطق به في جلسة علينة، ما لم يتفقوا على وجوب النطق بالحكم في حضورهم جميعاً، لأن النطق بالحكم لا يعدّ ضمانة للمحتكمين، وإذن لا يعدّ إجراءً أساسياً [3].

ومن الإجراءات التي تلحق إصدار الحكم:

**أوّلاً: تسليم كل من الطرفين نسخة من الحكم**

المقصود بالنسخة: نقل كتاب الحكم بكل ماورد فيه مع احتياط دقة النقل والتوثيق حرفاً حرفاً، وتوقيعه من الحاكم لتكون النسخة موازية لأصل الحكم من حيث المضمون وموثقة من حيث كونها نسخة إضافية مطابقة لأصل كتاب الحكم بحيث تقوم إحداهما مقام الأخرى[4].

ويُعطى أطراف الدعوى نسخة من الحكم بعد التأكد من دقة النسخ[5]، وحكمة إعطاء نسخة للمحكوم له: حتى لا ينسى الحكم المذكور بطول الزمن ومرور الأوان، وليتمكن المحكوم له من إبراز نسخته للموظف كي يُجري الحكم، لأنه لو ذهب المحكوم إليه بعد الحكم إلى بلدة أخرى أو

---

[1] عبد الفتاح، عزمي، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة، ص: ١٨ – ٢٠.

[2] أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ص: ٢٨٠.

[3] المعايير الشرعية، المادة ( ١١ / ١٠ )، أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ص: ٢٨٨.

[4] الأسيوطي، جواهر العقود، ج/ ٢، ص: ٣٢٧،البهوتي، كشاف القناع،ج/ ٦، ص:٣٦٩.

[5] انظر: منلاخسرو، درر الحكام شرح غرر الأحكام، ج/٨، ص: ٣٧٢، النووي، روضة الطالبين، ج/ ١١، ص: ١٤١، الماوردي، الحاوي الكبير، ج/ ١٦، ص: ٣٥، البهوتي، كشاف القناع، ج/٦، ص:٣٦٩، ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج/ ٤، ص:٤٧٣.

كان الحكم في مواجهة وكيل المحكوم عليه المقيم في مدينة أخرى، فيجب إجراء ذلك الحكم من قاضٍ آخر، ولا يمكن لهذا القاضي الآخر أن يُجري الحكم ما لم يطّلع على الإعلام، كما أنه يلزم إعطاء نسخة من الإعلام إلى المحكوم عليه حتى يقف على كيفية المحاكمة والحكم، وليتمكن من عرض الحكم المذكور على الفقهاء ليعلم إذا كان الحكم موافقاً لأحكام الشرع وأصول المحاكمة أو لم يكن موافقاً فيعترض عليه [١].

وقد اتفق القانونيون مع الفقهاء في أن المقصود بصورة الحكم ليست صورته الضوئية، وإنما هي في الواقع نسخة من أصل الحكم، وهي لهذا تتضمن جميع البيانات التي يتضمنها حكم التحكيم، كما أنهم اتفقوا مع الفقهاء في أن هيئة التحكيم يجب أن تسلم كلاً من الطرفين صورة من حكم التحكيم موقعة من المحكمين الذين وافقوا عليه، سواءً كان الطرف محكوماً له أو محكوماً عليه،وهو ما أكدته أيضاً المعايير الشرعية، إلا أنهم حددوا مدة لتسليم الحكم إلى كل طرف بأن لا تتجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره، سواءً تم النطق به أو صدر دون النطق به، ويكون لكل طرف الحق في مطالبة المحكمين بالتعويض لعدم تسليمه نسخة الحكم أو التأخير في تسليمها عن الموعد المحدّد، وفقاً للقواعد التي تحكم مسؤولية المحكمين [٢].

**ثانياً: تصحيح قرار التحكيم وتفسيره**

ليس المقصود من الأخطاء الواردة في وثيقة الحكم الأخطاء الموضوعية أو الأسباب الثبوتية، لأن محل الاعتراض على أي شيء يتعلق بموضوع الحكم محله دعوى البطلان (كما سيأتي بيانه في الفصل القادم بإذن الله )، وإنما يُقصد من الأخطاء الواقعة في القرار: الأخطاء الحسابية، أو الطباعية – إن كان الحكم قد دون على آلة طابعة، أو أن هيئة التحكيم قد أغفلت نقطة معينة، وهكذا..

أما التفسير، فيقصد به توضيح نقطة معينة أو بند محدد من قرار الحكم غير واضح بالنسبة للأطراف، وسواءً كان الأمر متعلقاً بتصحيح خطأ أو بتفسير جزء من قرار الحكم أو إضافة ما قد أغفلته الهيئة، فإنه لا بدّ من اتفاق الأطراف على مثل هذا الطلب، وإذا رأت هيئة التحكيم أن للطلب ما يبرره أو أن المحكمة المختصة أشارت إلى هذا الخطأ وأعادت الحكم إلى هيئة التحكيم لتصويب ما قد أغفلوه، فإن الهيئة بدورها تجري التصحيح أو تُصدر التفسير أو الإضافة، بعد

---

[1] ابن شهاب، محمد، الفتاوى البزازية، ج/ ١، ص: ٥١٩، الحصفكي، الدر المختار، ج /٥، ص: ٣٧٦، الطحاوي، الشروط الصغير، ج/ ٢، ص: ٧٧٨ – ٧٧٩، حيدر، علي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج/ ٤، ص:٦٠١.

[2] والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٤٥٤ – ٤٥٥، وانظر في تبليغ قرار التحكيم: المعايير الشرعية، المادة ( ١٢ / ١ )، القانون النموذجي، اليونسترال، المادة ( ٣٤ / ٦ ).

أن يتقدم الطرف بطلب إلى هيئة التحكيم يطلب فيه التفسير أو التصحيح أو طلب إضافي خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلمه لقرار التحكيم، ويكون التفسير وكذلك التصحيح جزءاً من قرار التحكيم، فإذا رأت الهيئة أن له ما يبرره أصدرت قراراً بالتصحيح أو التفسير في غضون خمس وأربعين يوماً من تاريخ تسلم الطلب، أما قرار التحكيم الإضافي، فإذا رأت الهيئة ما يبرره، وجب عليها أن تُصدر ذلك القرار الإضافي خلال ستين يوماً أو أن تمدده لأكثر من هذه المدة إن اقتضت ظروف الدعوى [١]. علماً بأن المدد المذكورة هي التي استقر عليها العمل من قبل المؤسسات التحكيمية التي تعتمد أو توافق ما تم اعتماده في القانون النموذجي ( اليونسترال ) لسنة ٢٠١٠.

---

[1] القانون النموذجي، اليونسترال، المواد: ( ٣٧، ٣٨، ٣٩ ).

# الفصل الرابع:
# الآثار المترتبة على التحكيم والحلول اللازمة لتفعيل العمل به في الصناعة المالية الإسلامية

## الفصل الرابع: الآثار المترتبة على التحكيم والحلول اللازمة لتفعيل العمل به في الصناعة المالية الإسلامية

### تمهيــد

اتسع المجال التطبيقي لحل المنازعات المالية بالتحكيم إلى مستوى متقدم لا يمكن أمام اتساعه أن نقف بتواضع دون أن نواكب أو نطوّر من آليات التقاضي التقليدية والتي لا يختلف أحد أن الاعتماد عليها فحسب قتل لعجلة تنمية صناعة المال، وتقييد لكل مؤسسة مالية تسعى نحو أن ترتقي بنطاق استثماراتها إلى ما وراء البحار، ولعل التطور التكنولوجي والمتمثل بالآليات التي يتواصل بها القائمون على الصناعة المالية كان لها دور كبير في اتخاذ خطوة جدية في ولوج باب التجديد والتطوير ليس على مستوى الخلافات المالية الوطنية فحسب، بل على مستوى النزاعات المالية الدولية، مما أدى إلى أن تكون العلاقة بين المؤسسات المالية على المستوى الدولي أشد ترابطاً بعلاقاتها من ترابط الحكومات نفسها، وهذا ما سيهيء إلى اقتصاد عالمي جديد، لا يعتمد حدود الدولة الضيق، بل يتعداه إلى أن يربط بين الأفراد والمؤسسات على مستوى العالم وكأنه دولة واحدة، ربما يجد البعض أن الوصول إلى تلك النتيجة أمر بعيد الأجل، إلا أنني أعتقد أن فكرة التحكيم واحدة من الأسباب الجوهرية التي سترقى بالوصول إلى وحدة الاقتصاد العالمي، خاصة ونحن نتحدث عن التحديث الذي يدخل إلى المواد المنظمة لعملية التحكيم على نطاق القوانين المحلية لتواكب فيها كل دولة نظم التحكيم الدولية، وبالتالي فإن تضييق الخلاف مع تناسخ القوانين وتجديدها سيزيل عقبات كثيرة، بحيث نصل قريباً إلى نظام تحكيم موحد تتفق عليه دول العالم بأسرها، والبداية فيه تكمن في توفر المصداقية وسرعة التنفيذ وحل الخلاف بضوابط صحيحة قائمة على الحق والعدل الذي هو أساس الحكم، إلا أن فكرة التحكيم التي تحولت إلى نظام مستقل ستبقى في طيّ الكتب إن لم تجد القوة التنفيذية اللازمة لتطبيقها في ميدان وجودها، ولن تؤتي ثمارها بغير عناية حثيثة لتسويق بضاعتها، ولذا كانت المباحث التالية مهمة في إلقاء الضوء على مدى قوة التنفيذ لنظام التحكيم، وأسس هذا التنفيذ، والمعوقات التي أضفت حضوراً خجولاً لبعض المؤسسات المالية، بمحاولة تفنيد مثل هذه المعوقات، لتنشيط المؤسسات المالية قاطبة في المشاركة في مثل هذا التطوير.

## المبحث الأول: حجية التحكيم ومدى قابلية الحكم للتنفيذ محلياً ودولياً

تكمن حقيقة الأثر لأي حكمٍ قضائيّ كان أو تحكيميّ في أنه يقوم على إلزام الخصوم بذلك الحكم الصادر، واستحقاق تنفيذه، وحصانته من الإبطال أو التغيير، فإن وظيفةً كوظيفة الفصل في الخصومات لا يمكن أن تظهر فاعليتها، أو تؤتي ثمارها، وتحقق غايتها، إن لم يكن لها من الدعم والتأييد ما يضع أعمالها ومنجزاتها موضع الاحترام والإلزام والتنفيذ في الواقع، إذ بهذه الخاصية يظهر الفرق بين الحكم وبين الفتوى، الذي هو مجرد الإخبار عن حكم الشارع دون إلزام المستفتي[١].

وإذا كانت الغاية المبتغاة من لجوء الأطراف إلى التحكيم كوسيلة سلمية لفض النزاع فيما بينهم هي تمكين من سيصدر الحكم لصالحه من الحصول على حقه بأيسر الإجراءات دون تكبد لعناء اللجوء إلى القضاء ؛ فإن المجرى العادي للأمور أن يسارع المحكوم عليه إلى تنفيذ الحكم الصادر ضدّه طوعاً واختياراً، وإلا جُرّد التحكيم من كافة مزاياه، وبالتالي فإن عدم مسارعة من صدر ضدّه حكم التحكيم إلى تنفيذه طوعاً واختياراً سيُظهر أول عقبة أمام المحكوم له في مدى إمكانية تنفيذ الحكم جبراً بمؤازرة السلطات المختصة من الدولة على غرار الحكم القضائي، ولا تقف المشكلة عند هذه الحدود فحسب، بل تتعداه إلى جوانب تتعلق بإمكان تنفيذ الحكم في مواجهة الطرف الأجنبي خارج حدود التحكيم المحلي كنطاق التجارة الدولية، وعندئذ يثور التساؤل عن إمكانية أن يُعامل التحكيم الدولي معاملة التحكيم المحلي؟ أو ما إذا كان سيعامل معاملة الحكم القضائي الأجنبي؟ [٢]، وهو ما سأبحثه بحول الله في المطالب القادمة.

---

[1] ياسين، محمد نعيم، حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ص: ٥- ٦.
[2] مبروك، عاشور، النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، ص: ١٠ – ١٣، "بتصرف ".

## المطلب الأول: حجية قرار التحكيم واعتباره بالنسبة لجميع الأطراف.

لم أقف فيما بحثت بين كتب الفقهاء على تعريف مباشر لحجية الحكم، إلا أني فهمت من عباراتهم أن حجية الحكم يمكن تعريفها بأنها: قيمة يكتسبها الحكم الذي صدر صحيحاً وغير مخالف للنصوص الشرعية، تنتج أثرها في لزوم التنفيذ وعدم السماح بنقض الحكم لمجرد الاحتمال [1].

إلا أن نطاق الحجية بالنسبة للقانون يختلف بأنه يتدرج من حيث القوة[2]، وأن القانون هو الذي يكيّف الحجية[3]، والأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية، إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلاً وسبباً، وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها [4]، وعليه فإن **حجية الأمر المقضي تُنتج أثرين:**

---

[1] وقد توصلت لهذا التعريف بناءً على أن الحجية ليست قيمة يضيفها القاضي أو أطراف الخصومة، وإنما يكتسبها الحكم بذاته بمجرد صدوره عند تحقق مناط تلك الحجية، وأما مناط هذه الحجية فيتحقق بأمرين: الأول: صدوره صحيحاً، والثاني: صدوره موافقاً للشرع، وأما ثمرة هذه الحجية فتظهر بأمرين: الأول: لزوم التنفيذ، والثاني: عدم السماح بنقض الحكم لمجرد الاحتمال

أنظر في بيان كيفية صدور الحكم صحيحا وغير مخالف للشرع:السرخسي، المبسوط، ج/ ١٦، ص:١١١، الكاساني، بدائع الصنائع، ج /٧، ص: ٢، ابن أبي اليمن، لسان الحكام، ج /١، ص: ٢٢٢، الخرشي، شرح مختصر خليل، ج / ٧، ص: ١٥٨،النووي، روضة الطالبين، ج / ١١، ص:١٢١، الشربيني، الإقناع،ج / ٢، ص:٦١٥، المرداوي، الإنصاف، ج / ١١، ص: ٢٢٣– ٢٢٤.

[2] يرى أستاذنا الدكتور محمد نعيم ياسين أن الحجية في الفقه الإسلامي أقوى منها بالنسبة للقانون، فإن اعتبار الحكم لم يحز على الحجية إذا صدر من محكمة الدرجة الأولى،ثم بعد ذلك يتقوى تدريجياً حتى تغدو الأحكام نهائية وقاطعة لا يجوز المساس بها بعد استنفاذ الخصوم جميع طرق الطعن بالحكم،فهذا تردد واضح، وإن الشريعة الإسلامية لا يوجد فيها مثل هذا التدرج في حجية الحكم ( ليس اعتراضاً على التدرج كتنظيم، وإنما اعتراض على الكيفية )، كما أن الحكم في القانون إذا وصل للدرجة التي يصبح فيها قرينة لا تقبل الدليل العكسي تشدد زائد، لأن حمل الحكم القضائي على الصحة في الظاهر يقتضي أن لا يُعتبر ذلك الحكم مقدّساً إلى درجة لا يمكن معها نقضه، وإنما هو معرّض للنقض إذا قامت أدلة قوية على مجانبته الحق والصواب، وبالتالي فإن قوة الحجية للحكم في الشريعة الإسلامية لا تختلف قوة وضعفاً باختلاف المراحل التي يمرّ فيها الحكم في القانون، وإنما يحوز الحكم القضائي الصحيح حجية ذات قوة محددة من أول الأمر، وهي اعتباره محقاً وعادلاً من حيث الظاهر، وهذه القوة تكفي لجعله مستحقاً للتنفيذ، كما أن روح الإسلام وقواعده تأبى أن تعترف بأي وضع يتبين بأدلة كافية أنه باطل، لأن الباطل منكر، والمنكر يجب تغييره، يقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: " إن الحق قديم لا يُبطله شيء، وإن الرجوع إلى الحق أولى من التمادي في الباطل ". ياسين، محمد نعيم، حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ص: ١٠ – ١٣ " بتصرف ".

[3] تعددت مذاهب فقهاء القانون في تحديد ماهية الحجية وفي تكييفها، فمن قائل: أن حجية الشيء المحكوم به يجب أن تعد قاعدة قانونية (قاعدة موضوعية )، لأن العلة فيها قد اختفت ولم تعد بارزة كما تبرز العلة إلى جانب القرينة القانونية، ومن قائل أن حجية الشيء المحكوم به هي قرينة قانونية قاطعة، ومن قائل أن الحجية قرينة قانونية إلا أنه لا يجب المغالاة في إبراز أهمية عدم جواز دحض الحجية بالإقرار واليمين، لأن اليمين لا يجوز توجيهها لمن صدر الحكم لمصلحته، إذ صحة الحكم أمر لا يتعلق بشخصيته بل يتعلق بالقاضي، ولأن الإقرار لا يُتصور أن يصدر عن محكوم له يقر بعدم صحة الحكم الصادر لمصلحته. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ص: ٧٠٦ وما بعدها.

[4] أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ص: ٧٠٩.

**الأول: الأثر السلبي:** ويعني عدم جواز إعادة النزاع إلى القضاء ما دام قد سبق الفصل فيه ولو بأدلة قانونية أو واقعية جديدة [١].

**الثاني: الأثر الإيجابي:** ويعني أن الحكم الصادر بموضوع النزاع لا يمكن الاحتجاج به أمام أي محكمة أخرى، وللمحكوم له أن يدفع بحجية الحكم وما قضى به، وأن يستند إليه في ادعائه[٢].

والسؤال الذي يُطرح هنا، أنه مع اعتبار التحكيم نوعاً من القضاء الخاص، وأنه يمتاز بالطبيعة العقدية في ابتداء تشكيله، فهل عوامل مثل هذه تؤثر على اعتبار الحكم الصادر من المحكمين يملك حجة توازي حجية الحكم الصادر من القضاء ؟ نجيب على هذا التساؤل من خلال رأي الفقه في المسألة ثم رأي القانون، كما يلي:

**الفرع الأول: حجية حكم التحكيم في الفقه الإسلامي**

يعتبر جمهور الفقهاء الحنفية[٣] والمالكية[٤] وجمهور الشافعية[٥] والحنابلة[٦] أن حكم المحكم حجة يقتضي التنفيذ إذا صدر صحيحاً موافقاً لأصوله، غير مخالف نصّاً أو إجماعاً، ولا يصح للمحتكمين الامتناع عن تنفيذ الحكم بعد صدوره.

واستدلوا بأن المحكم في حكمه كالقاضي المولى، فإن السلطان لو عزل القاضي المولى بعد صدور الحكم لا يبطل ذلك الحكم، فكذا المحكم لا يبطل حكمه بانعزاله بعد صدور حكمه، وليس للخصوم الرجوع لأن كل واحد منهما إذا رأى من الحكم ما لا يوافقه ورجع بطل المقصود من التحكيم [٧].

---

[1] حزبون، جورج و عبيدات، رضوان، إلزامية قرارات التحكيم وقوتها التنفيية في التحكيم المحلي والدولي، ص: ٤٨٢ – ٤٨٣

[2] المرجع السابق.

[3] السرخسي، المبسوط، ج/١٦، ص: ١١١، الخصاف، شرح أدب القاضي، ج/ ٤، ص: ٦٠، ابن نجيم، البحر الرائق، ج/ ٧، ص: ٢٦.

[4] الخرشي، شرح مختصر خليل، ج/٧، ص:١٤٦،ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج/١، ص:٥٠، القرافي، الذخيرة، ج/١٠، ص:٣٧.

[5] النووي، روضة الطالبين، ج/١١، ص: ١٢١، الشربيني، مغني المحتاج، ج/٤، ص: ٣٧٩، الماوردي، أدب القاضي، ج/ ٢، ص: ٣٨٢.

[6] المرداوي، الإنصاف، ج/ ١١، ص: ١٩٩، البهوتي، كشاف القناع، ج/ ٦، ص: ٣٠٦، ابن قدامة، المغني، ج/١٠، ص:١٣٧.

[7] البحر الرائق، ج/ ٧، ص: ٢٦، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج/١، ص:٥٠،، الماوردي، أدب القاضي، ج/ ٢، ص: ٣٨٢، البهوتي، كشاف القناع، ج/ ٦، ص: ٣٠٦.

بينما يرى بعض الشافعية أن حكم المحكم لا يمتلك حجة تقضي بإلزام الخصوم على تنفيذه بعد صدوره، شأنه بذلك شأن الفتيا، وقد نقل الماوردي هذا القول عن المزني [١]، ونقله النووي عن الغزالي [٢].

ويُستدل لمن لم يعتبر الحجية: أن التحكيم ليس كالقضاء، فإن حكم القاضي فقط الذي يحوز حجية الأمر المقضي، بخلاف حكم المحكم فإنه ليس أكثر من مجرد استفتاء يقدمه للخصوم، وقد يستدل لهم أنه وما دام القاضي في البلدة التي فيها الخصم فإنه لا يصح قضاء من غيره، كما صرّح الأذرعي من الشافعية، على اعتبار أن الحاكم ولي حاضر فلا يصح الجمع بين المحكم والقاضي في بلدة واحدة، كما أن التحكيم عقد قام على الرضا في ابتدائه فلا يكون لزومه بعد الحكم إلا بالرضا كذلك [٣].

أقول: إذا كانت الحكمة الأساسية من إنشاء القضاء الخاص ( التحكيم ) غايته تسهيل عملية فصل النزاع، فإنه من العبث إذن السماح لمن لم يسوغ له قرار الهيئة ممن حكم عليه أن يتحلل من حكم المحكمين بحجة أن حكم المحكم كالفتيا، وأنه لا يملك حجية الحكم القضائي، كما أنه نسف لقواعد التحكيم قاطبة، وهذا لم يقل به أحد، صحيح أن اعتبار حسن النية من قبل الخصوم في الالتزام الأدبي بتنفيذ الحكم طوعاً من غير سلطة إجبار يوفر وقتاً وجهداً كبيرين في سرعة فصل النزاع، وعدم إطالة أمد الخصومة، إلا أن الواقع العملي لا يسلم من مخالفات خاصة من قبل الطرف الخاسر ( المحكوم عليه ) تستدعي دفعه للامتثال لحكم الهيئة بصرف النظر عن كونه راضياً بالحكم أم لا، وعليه فإن رأي جمهور الفقهاء يترجح في أن حكم المحكم حجة يقتضي بمجرد صدوره صحيحاً وغير مخالف للشرع وجوب تنفيذه من قبل الخصوم، وبمثله أقرت المعايير الشرعية أنه لا يُشترط رضا طرفي النزاع بقرار التحكيم، وهو مُلزم لهم تلقائياً، ما لم يتمّ نقضه لمخالفته أحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العامّ [٤].

**الفرع الثاني: حجية حكم التحكيم في القانون**

اختلف القانونيون – كما الفقهاء – في حجية حكم المحكم، حيث أكدت الغالب من الاجتهادات القانونية أن حكم المحكمين يملك الحجية بمجرد صدوره والتوقيع عليه، بحيث يصبح قرار الحكم

---

[1] الماوردي، أدب القاضي، ج/ ٢، ص: ٣٨٢.
[2] النووي، روضة الطالبين، ج/ ١١، ص:١٢١.
[3] الشربيني، مغني المحتاج، ج/٣، ص:١٤٧، ج/ ٤، ٣٧٩.
[4] المعايير الشرعية، التحكيم، المادة ( ١١ / ١٢ ).

ورقة رسمية، شأنه شأن الحكم الذي يصدر من القضاء العادي، وتكون له قوة مُلزمة، ولا يملك الخصوم إنكاره [١].

ويرى البعض أن حجية الشيء المقضي به، وهي القرينة القانونية المقررة في القوانين المدنية لا تكون إلا لأحكام القضاء ولا تمتد بغير نص صريح إلى غير تلك الأحكام، ومن ثم فإن حكم المحكم لا يحوز حجية وفق هذا الرأي، وحتى وإن أمرت المحكمة بتنفيذ هذا الحكم فلا يعني ذلك أن الأمر بالتنفيذ يؤثر على طبيعته التعاقدية، فلا يُضفي ما للحكم من آثار، فحجية حكم المحكم تستمد من الخصوم أنفسهم، فإذا رضي الخصوم بالحكم ثبت واستقر، وإلا فإن صاحب المصلحة يلجأ من جديد إلى تحكيم آخر أو إلى محكمة الدولة، وبالتالي فإن حجية حكم التحكيم وفقاً لهذا الرأي لا تُستمد من نصوص القانون، وإنما من إرادة الخصوم أنفسهم، فهذه الإرادة وحدها السبيل إلى تقرير حجية الحكم، ومن ثمّ يجوز المطالبة بالحقوق الثابتة في حكم المحكم ولو قبل صدور الأمر بالتنفيذ بشرط ألا ينازع الخصم الآخر في قضاء المحكم أو في صحة الإجراءات [٢].

واعتُرض على هذا الرأي بأنه يخلط بين حجية الحكم والطعن فيه، فحكم المحكم يكتسب الحجية وتلتصق به بمجرد صدوره، شأنه شأن الحكم القضائي، ولو كان قابلاً للطعن، وتبقى هذه الحجية وتستقر ببقاء الحكم وتزول بزواله، وأساس الحجية وآثارها واحدة بالنسبة للحكمين، سواءً في ذلك أثرها الإيجابي أو أثرها السلبي، فلا يجوز رفع الدعوى مرة أخرى بعد الفصل فيها تحكيماً، سواءً أمام محكمة الدولة أو أمام هيئة التحكيم، ومن ناحية أخرى فإنه يجب احترام التأكيد الذي احتوى عليه حكم التحكيم من الخصوم ومن أي محكمة أو هيئة تحكيم أخرى، ولأن الحجية تتعلق بالنظام العام، فللمحكم أو القاضي الذي يُعرض عليه النزاع مرة أخرى أن يُعمل أثرها من تلقاء نفسه [٣].

والراجح القول الأول بأن حكم التحكيم يكتسب الحجية بمجرد صدوره ويؤيده قول جمهور الفقهاء في الفقه الإسلامي، أما الذين قالوا بأن حكم التحكيم لا يملك الحجية، فإنهم في الحقيقة قد اختلط عليهم فهم الطبيعة القانونية التعاقدية والقضائية للتحكيم من خلال مقارنته بالنظام القانوني العقدي، أو القانوني القضائي، وكان يتوجب عليهم المقارنة بين الطبيعة القانونية للعقد في ضوء

---

[1] أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ص: ٢٩٢ – ٢٩٤.

[2] أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ص: ٢٩٣، حشيش، أحمد، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، ص:١٨ – ١٩، والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٤٦٠.

[3] أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ص: ٢٩٣، والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٤٦٠ – ٤٦١.

الباعث والدافع للتعاقد والطبيعة القانونية لأثر العقد، فغاية التحكيم هو التوصل لفض النزاع، وهو بهذه الصفة عمل من أعمال التقاضي الخاص، صحيح أن الحكم لا يصدر عن سلطة رسمية، ولكنه في كافة الأحوال يقضي بموضوع النزاع بقرار يختم ذلك النزاع، ومن هنا أعطى المشرع الحكم الصادر عن هيئة التحكيم حجية الأمر المقضي به، أي أنه عامله بالنتيجة معاملة الحكم الصادر عن السلطة القضائية، فيظهر بذلك أن التحكيم مصدره الاتفاق وغايته فصل النزاع عن طريق إجراءات متفق عليها، دون خلاف كبير عن الحالة التي يتفق فيها الطرفان لإخضاع نزاعهما إلى جهة قضائية معينة متجاوزين في ذلك الاختصاص المكاني للمحكمة [١].

**المطلب الثاني: إلزامية حكم الهيئة لأطراف العقد وكيفية الإلزام بتنفيذ**

لا تنفصل الحجية عن التنفيذ والإلزام بالنسبة للحكم الصادر من المحكم في الفقه الإسلامي كما مر في المطلب السابق، فإن القول بحجية حكم التحكيم يلزم منه بالضرورة القول بلزومه وامتلاكه قوة التنفيذ، وحتى مع اعتراض الخصم ورفع الخلاف إلى القاضي، فإنه واجب عليه أن يمضيه، ولا ينقضه القاضي إلا بما ينقض به حكم قاض آخر، بأن يثبت أن حكمه جوراً بيناً ومخالفاً صريحاً لأصول التشريع [٢]، وقد خالف الحنفية فيما لو كان حكم المحكم لا يوافق رأي القاضي في المجتهدات فإنه – أي القاضي – يُبطل حكم المحكم ولا ينفذه [٣]، ويفرقون بين هذه المسألة وبين ما إذا رفع إلى القاضي قضية قاض آخر، فإنه لا يردّه وإن كان مخالفاً لرأيه، إذا كان ذلك في فصل مجتهد فيه، والفرق: "أن كون الأول قاضياً، ظهر في حق الناس كافة، لما أن الأول استفاد الولاية ممن له ولاية على الناس كافة، فكما ينفذ قضاء الأول في حق المتخاصمين نفذ في حق سائر المسلمين وقضائهم، فلو جاز لقاض آخر نقضه إذا كان مخالفاً لرأيه، أدى إلى نقض اجتهاد باجتهاد مثله وهذا لا يجوز، أما كون الحكم حكَماً لم يظهر في حق غير المختصمين، لأنه استفاد الولاية من جهة المختصمين، وولاؤهما مقصور عليهما، وقد كان للقاضي المولّى قبل هذا الحكم رأياً في هذه الحادثة كان يحكم به، فلو لم يجز نقض هذا الحكم – إذا كان مخالفاً – لرأيه لظهر نفاذ حكم الحاكم في حقه وأظهر كونه حكماً في حقه وهذا لا

---

[1] حزبون، جورج وعبيدات، رضوان، إلزامية قرارات التحكيم وقوتها التنفيية في التحكيم المحلي والدولي، ص: ٤٨٠.

[2] النووي، روضة الطالبين، ج/١١، ص: ١٢٣، الماوردي، أدب القاضي، ج/ ٢ – ٣٨٤، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج /١، ص: ٥٠.

[3] السرخسي، المبسوط، ج /١٦، ص: ١١١، الطحاوي، الشروط الصغير، ج/ ٢، ص: ٧٧٩.

يجوز، فكان بمنزلة الصلح في حقه، فكان له أن يردّه، إذا كان مخالفاً لرأيه، ويمضيه إذا كان موافقاً لرأيه" [١].

أقول: إن اعتبار الولاية الخاصة -المستفادة للمحكم في حق الخصوم- سبباً في عدم لزوم الحكم يناقض مبدأ الحجية التي اعتبرها الحنفية من خصائص حكم المحكم والتي ترتب أثرها الكامل، لأنهم لما صححوا الشروط في المحكم واعتبروه مثل القاضي الخاص بالنسبة للخصوم، كان الأولى إذن أن يُعملوا حكمه وإن خالف حكم القاضي شأنه بذلك شأن قاض آخر خالف حكمه، لأننا في هذه الجزئية بالذات ( تنفيذ الحكم ) تجاوزنا مرحلة البينة والدفوع إلى مرحلة صدور حكم التحكيم وفقاً للسبب الذي قام عليه الحكم، فلما كان الحكم صحيحاً بالنسبة للبينة التي أدت إلى تكون الحكم، اكتسب هذا الحكم حجية تحقق أثرها الإيجابي في لزوم الحكم ووجوب التنفيذ، وأثرها السلبي في منع نقض الحكم مادام غير مخالف لأصول التشريع، ولا يعد مخالفة اجتهاد القاضي مخالفة لأصول التشريع، كما أن التفريق بين كون الحكم من المجتهدات وغيره يعني أن الحكم لا يكتسب قوة التنفيذ إلا بقناعة القاضي، فإذا كان موافقاً – أي الحكم – لقناعته أمضاه وإلا أبطله، وهذا سيؤدي إلى إضعاف معنى الحجية، وصرنا بذلك مثل القوانين الوضعية التي تُدرج الحجية من حيث قوتها في قضاء المحاكم، ولا يحوز الحكم قوة الأمر المقضي إلا بعد استنفاد كافة درجات التقاضي، بالإضافة إلى أنه سيلحق الجور في حق من صدر الحكم لصالحه، ولذا يتبين أن قول الجمهور هو الراجح، وأن الحكم الصادر من المحكم مادام يملك حجية توازي حجية الحكم القضائي، فإنه يرتب أثر هذه الحجية في لزوم الحكم ووجوب إمضائه بمجرد صدوره صحيحاً موافقاً لأصول التشريع، وعليه فإن القاضي يأمر الخصوم بتنفيذ حكم المحكم، بعد أن يكون قد صادق على قرار الحكمين [٢].

**<u>أما في القانون</u>:** فقد ورد خلاف في الاجتهادات القانونية حول قوة التنفيذ ولزومه بالنسبة للأطراف هل ترتبط بصدور الحكم، أم تتأخر عنه ؟

فبينما تؤكد غالب القوانين أن حكم المحكمين يُعتبر بمجرد صدوره من تاريخه قوة مُلزمة لا يملك أحد الخصوم إنكاره إلا بالطعن بالتزوير في الحكم باعتباره ورقة رسمية شأنها شأن حكم القضاء، مع ذلك يتجه رأي أقلية من الشراح إلى أن حكم المحكم لا يعتبر ورقة رسمية إلا بإيداعه قلم كتاب المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، لأن المحكم ليس بقاضٍ وليس له صفة

---

[1] الخصاف، شرح أدب القاضي، ج/٤، ص:٦٠ -٦١، برهان الدين مـازة، المحـيط البرهـاني، ج/ ٣، ص: ٢٦٠١ – ٢٦٠٢، ابن نجيم، البحر الرائق، ج / ٧، ص: ٢٧.

[2] أنظر في كيفية تنظيم كتاب مصادقة القاضي على قرار الحكَم: الطحاوي، الـشروط الـصغير، ج/ ٢، ص: ٧٧٥، وما بعدها.

الموظف العمومي [1]، وهذا الرأي يكيف العمل التحكيمي عند صدوره على أنه عمل خاص، لا عمل عام، والأمر بالتنفيذ يوفر لهذا العمل الخاص العمومية اللازمة للسند التنفيذي [2].

أقول: وإذا كان المقصود من رأي المخالف إضفاء صفة الرسمية لحكم التحكيم فلا يعني ذلك طعناً في أساس قوة التنفيذ لقرار التحكيم، لأن الرسمية في حكم التحكيم يكتسبها الحكم بمجرد صدوره، وإلا لم يعد للحكم قيمة معتبرة في مواجهة الخصم المحكوم عليه، فلا يُشترط لنفاذ التحكيم التسجيل الرسمي لقرار التحكيم أو إيداعه في المحكمة المختصة [3]، أما إذا كانت الدولة قد نصت بقوانينها الداخلية على وجوب تسجيل الحكم أو إيداعه، فلا يعيب ذلك في قوة الحكم أو حجيته أو قابليته للتنفيذ، ثم إن القول بأن العمل التحكيمي خاص وليس بعام، فمردود أيضاً، لانه يجعل للعمل التحكيمي عمومية طارئة دائماً لا عمومية أصلية على الإطلاق، حتى بعد الأمر بالتنفيذ، كما أنه يجعل الأمر بالتنفيذ لازمة من لوازم وجود عموميته الطارئة، حتى لو لم يكن يتضمن أي إلزام أي حتى لو لم يكن قابلاً للتنفيذ الجبري[4]، كما أنه لا يُقصد بإجراء الأمر بالتنفيذ أن يتحقق القاضي من عدالة المحكم، فلا ينظر في سلامة أو صحة قضائه في موضوع الدعوى لأنه لا يُعدّ هيئة استئنافية في هذا الصدد، ولا يُعدّ صدور الأمر بالتنفيذ في ذاته دليلاً على سلامة هذا القضاء [5].

**إجراءات الأمر بالتنفيذ:**

لا يتقيد تنفيذ حكم التحكيم بشكلية معينة في حال كان تنفيذ الحكم رضائياً بين الخصوم [6]، وإنما يتحقق بأي صورة تمكن صاحب الحق الحصول على حقّه، كما أن المسارعة في تنفيذ الحكم طواعية واختياراً دون انتظار لفوات مدة الاعتراض عليه – في حال قابليته للاعتراض – تعني التنازل الصريح أو الضمني بحسب الأحوال عن وسائل الاعتراض عليه والقبول للقرار

---

[1] عزت البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ص: ٢٠ وما بعدها، وانظر: أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ص:٢٩٥.

[2] حشيش، أحمد، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، ص: ٥٩.

[3] المعايير الشرعية، التحكيم، المادة ( ١٢ / ٣، ١٣ / ٢ )، وفيها تقرر المعايير الشرعية أنه يجوز الرجوع إلى المحاكم التي لا تلتزم بالأحكام الإسلامية لإعطاء الصفة التنفيذية لقرار التحكيم الشرعي، وانظرفي الإفصاح عن قرار التحكيم أمام المحكمة: القانون النموذجي، اليونسترال، المادة ( ٣٤ / ٥).

[4] حشيش، أحمد، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، ص: ٥٩.

[5] فغاية ما في الأمر أن القاضي يراقب عمل المحكم لأنه لا يستمد سلطته إلا من اتفاق الخصوم على التحكيم، فأوجبت القوانين قبل تنفيذ حكمه وقبل وضع الصيغة التنفيذية عليه من جانب قلم كتاب المحكمة أن يخضع لرقابة وإشراف قاضي التنفيذ بالمحكمة كإجراء تمهيدي أوّلي يسبق وضع الصيغة التنفيذية لمجرد التحقق أن الحكم قد صدر بالفعل تنفيذاً لمشارطة التحكيم، وأن المحكم قد راعى الشكل الذي يتطلبه منه القانون سواءً عند الفصل في النزاع أم عند كتابة الحكم. أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ص: ٣٠٤-٣٠٥

[6] المعايير الشرعية، التحكيم، ( المادة ١٣ / ١-٢ ).

التحكيمي، فيكون مثول الخصم المحكوم ضدّه للتنفيذ الرضائي مغنياً عن ضرورة الرجوع إلى الجهة القضائية لمنح حكم التحكيم القوة التنفيذية التي يفتقدها [١].

وأما حقيقة التنفيذ الرضائي فيقوم على إبراء المحكوم عليه ذمته بتخليصها وتنقيتها مما وجب فيها شرعاً، بأداء حقوق العباد مما تعلق به [٢]، والله تعالى أمر بأداء الأمانات مطلقاً بقوله: {إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا} [النساء: ٥٨]، وهذه الآية الكريمة فيها الخطاب للراعي والرعية ؛ للحاكم والمحكوم، بلزوم أن يؤدي كل وأحد منهم ما وجب عليه من الحقوق بالعدل[٣]، وفي حديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: " من أخذ أموال الناس يريد أداءها، أدّى الله عنه، ومن أخذ يريد إتلافها أتلفه الله "[٤]، فإذا كان الله تعالى قد أوجب أداء الأمانات التى قبضت بحق ففيه تنبيه على وجوب أداء الغصب والسرقة والخيانة ونحو ذلك من المظالم وكذلك أداء العارية[٥]، وقد خطب النبى صلى الله عليه وآله وسلم في حجة الوداع وقال في خطبته: " العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضي والزعيم غارم إن الله قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث "[٦].

وفي الأدلة السابقة توجيه وحافز للمؤمن ليبادر إلى أداء حقوق الناس على اختلاف أنواعها، وإبراء ذمته منها قبل أن لا يكون درهم ولا دينار[٧]، وعليه فإن أطراف الخصومة أمام أداء الحقوق وإبراء الذمم أقرب إلى امتثال أمر الله تعالى وعدم الوقوع في اللوم والمساءلة، إلا أن النفوس البشرية في تلقي خطاب الشارع ليست على سواء، ففي المقابل يظهر الممتنع الذي لا ينصاع للأمر بطريق طوعي، ويلزمه من ذلك تنفيذ الأمر جبراً عليه بطريق قوة التنفيذ، وقد كان الأمر بالتنفيذ موكل للقاضي في عهد النبي صلى الله عليه وآله وسلم والخلفاء الأربعة، ويظهر ذلك من قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري: " وأنفذ إذا تبين لك، فإنه لا ينفع تكلّم بحق لا نفاذ فيه "، ثم تجاهر الناس بالظلم والتغالب ولم يكفهم زواجر العظة عن التمانع والتجاذب، فنشأت ولاية المظالم لردع المتغلبين وإنصاف المظلومين وتنفيذ ما

---

1 مبروك، عاشور، النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، ص: ٣ – ٤.
2 سلمان، نوح علي، إبراء الذمة من حقوق العباد، ص: ٣٦.
3 الأندلسي، ابن حيان، تفسير البحر المحيط، ج /٣، ص: ٢٧٨.
4 رواه البخاري، باب: من أخذ أموال الناس يريد إتلافها، الحديث رقم ( ٢٢٥٧ )، ج / ٢، ص: ٨٤١.
5 ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج/ ٢٨، ص: ٢٦٦.
6 رواه الترمذي من حديث أبي أمامة الباهليّ، وقال: حسن صحيح، سنن الترمذي، باب ما جاء لا وصية لوارث، حديث رقم ( ٢١٢٠ )، ج/ ٤، ص: ٤٣٣.
7 سلمان، نوح علي، إبراء الذمة من حقوق العباد، ص: ٣٨.

عجز القضاة عن تنفيذه وإمضاء ما قصرت يدهم عن إمضائهم، وهي وظيفة كان يليها المصطفى بنفسه حيث نظر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في المظالم في السرب الذي تنازعه الزبير بن العوام ورجل من الأنصار في شراج، وهو مسيل الماء[١]، فحضره رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بنفسه[٢]، فكانت ولاية المظالم تساند القضاء في تنفيذ ما يعسر عليها عند وجود الخصم المتعنت، ولكل عصر أعرافه الخاصة في اتخاذ سلطة تأمر وتنفذ الأحكام عند الامتناع من تنفيذها.

وفي العصر الحالي أعراف دولية وتجارية قد تدفع الخصم إلى تنفيذ الأمر التحكيمي ولو لم يكن راضياً ؛ لإدراكه أن الوفاء سيتم عاجلاً أم آجلاً، وخشية أن يُعدّ عدم تنفيذه دليلاً على وضعه المالي السيئ مما قد يسبب له إشكالات في نطاق معاملاته التجارية، أو أن يوجه له اللوم والنقد من قبل مجموعته التجارية أو الاتحاد التجاري أو أي مؤسسة يتبع لها وأحياناً قد يصل إلى بعض الجزاءات التي قد تسلب الطرف بعض المزايا الخاصة أو تؤدي إلى فقدان الثقة في التعامل معه مما قد يؤدي إلى مساس جدّي بسمعة الطرف الممتنع عن التنفيذ، كما أن تنفيذ الحكم ربما يكون الطريق الأيسر بالنسبة للمحكوم عليه طمعاً في استمرار المعاملات بينه وبين بقية الأطراف أو تلافي الخسائر الاقتصادية التي قد تنشأ حال عدم التنفيذ [٣].

وقد حددت القوانين العربية والدولية **إجراءات خاصة بكيفية استصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكم**، وتختلف الإجراءات المتبعة من دولة لدولة تبعاً لأصول الإجراءات التابعة للمحاكم والقواعد والأعراف التي تحكمه، وبعيداً عن اختلاف الإجراءات المتبعة بين الدول فإن قرار التنفيذ يعدّ حقاً للمحكوم له حال وجد امتناعاً من المحكوم عليه أو مماطلة، ويُنفذ الحكم بناءً على طلب كتابي يقدم إلى المحكمة المختصة، ويرفق بالطلب الكتابي:

**أولاً:** أصل حكم التحكيم أو صورة موقع عليها من المحكمين الذين وافقوا على الحكم.

---

[1] والحديث أخرجه البخاري عن عروة قال: خاصم الزبير رجلا في شراج الحرة فقال النبي صلى الله عليه وسلم " اسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك " فقال الأنصاري: يا رسول الله أن كان ابن عمتك ؟ فتلون وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قال " اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر ثم أرسل الماء إلى جارك " قال الزبير: فما أحسب هذه الآية إلا نزلت في ذلك " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم "، صحيح البخاري، باب سكر الأنهار، حديث رقم (٢٢٣١)، ج / ٢،ص: ٨٣٢

[2] الماوردي، الأحكام السلطانية، ص:٩٧ – ٩٨، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج / ٢، ص:١٣٤، القلقشندي، ابن عبد الله، مآثر الإنافة في معالم الخلافة، ج/ ٣، ص:٩٥– ٩٦، ابن الأزرق، بدائع السلك، ج / ١، ص: ٢٥٢، الكتاني، عبد الحي، التراتيب الإدارية ( نظام الحكومة النبوية )، ج/ ١، ص: ٢٦٦.

[3] مبروك، عاشور، النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، ص: ٥ – ٨، و:البحيري، عزت، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ص:١٤٠ – ١٤٤ "بتصرف ".

**ثانياً:** صورة من اتفاق التحكيم سواءً كان مشارطة مستقلة، أو في شكل شرط يتضمنه العقد الأصلي بين الطرفين.

**ثالثاً:** ترجمة للقرار باللغة الرسمية التي تتبع لها تلك المحكمة [١].

## المطلب الثالث: منازعات التنفيذ في القانون الدولي

من المشكلات التي تواجه عملية التحكيم خارج حدود الدولة مسألة تنازع القوانين، وتحديداً التنازع الدولي بين القوانين المتعلقة بالقانون الخاص، وبالتالي يثور التساؤل أمام تنفيذ التحكيم في العلاقات المالية الدولية حول إمكانية تجاوز الدولة ومعرفة المنهج والوسيلة التي يمكن من خلالها حل هذا التنازع، وقد عرف الفقه الإسلامي فكرة تنازع القوانين مبكراً وإن لم يضع لها نفس المسميات الحديثة من خلال أحكام أهل الذمة والمستأمن وأحكام دار الحرب وغيرها مما يقعّد لأحكام التعاملات الدولية بكافة أشكالها، ولا يتسع مقام البحث لعرض الأسس التفصيلية لموقف الفقه الإسلامي من تنازع القوانين فهو يحتاج إلى بحث مستقل، إلا أن الطابع العام الذي يمكن الوقوف عنده –ونحن بصدد الحديث عن تنازع القوانين الدولية في تنفيذ حكم المحكم الدولي –اعتبار قاعدتين في مواجهة تنازع القوانين من منظور الفقه الإسلامي: **أولهما:**خصوصية المصادر المستمد منها فقهنا الإسلامي، والتي تتصل في النهاية بالكتاب والسنة، ففي المعاملات مع غير المسلمين اعتمد الفقه المنهج الموضوعي في حل تنازع القوانين عن طريق وضع قواعد موضوعية تنطبق مباشرة على النزاع، وألزم القاضي المسلم أن يأخذ غير المسلم بأحكام المسلمين بشأن هذه المعاملات، وبالتالي قدم حلولاً مباشرة للعلاقات ذات الطابع الدولي متفادياً الكثير من مشكلات النظرة التقليدية الضيقة[٢].

**وثانيهما:** ترك الحرية لغير المسلمين في التعامل مع كافة منازعاتهم بالطرق التي يعتقدونها بشرط عدم تعارض شريعة غير المسلمين مع النظام العام للدولة الإسلامية، وبالتالي يعتبر الدفع بالنظام العام في الفقه الإسلامي وسيلة قديمة لحماية نظام الدولة من الاختراق، وأداة لمنع تنفيذ ما هو محرم من هذه المعاملات، وفي نفس الوقت تنظيماً لأحكام العلاقات الأجنبية بالسماح بالتعامل معهم والاعتراف لهم بالشخصية القانونية التي تمكنهم من ممارسة حقوقهم المالية والشخصية تحت المظلة الشرعية، ووضع أسس ما يعرف بمركز الأجانب في القانون الدولي

---

[1] المعايير الشرعية، التحكيم، المادة (١٣ / ١-٢ )، وسكت القانون النموذجي،( اليونسترال) لسنة ٢٠١٠ عن مثل هذه الإجراءات، رعاية للمرونة والحرية الاتفاقية في تنظيم هذه الإجراءات وفق القانون الإجرائي الذي اعتمده الأطراف والذي يشمل كيفية المطالبة بالتنفيذ، وانظر: والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٤٨٦ -٤٨٧.

[2] دراز، رمزي، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، ص: ٣١٦ – ٣١٨ " بتصرف ".

الخاص من خلال الأحكام الخاصة بالذميين والمستأمنين، وتنظيم الاختصاص القضائي للمحاكم الإسلامية بالنسبة للقضايا الوطنية والقضايا ذات العنصر الأجنبي عن طريق الرابطة بين الدولة الإسلامية ومواطنيها من المسلمين وغير المسلمين، وهو موضوع مادة الجنسية في القانون الدولي الخاص[1]، ويمكن الرجوع إلى كتب الفقه في المذاهب المختلفة وكتب التراث السياسي عند حديثهم عن أحكام التعامل مع أهل الذمة والتنظيم الفقهي لعقد المستأمن، لنجد أن القوانين الحديثة لم تكن السباقة في مثل هذه القوانين، إنما ينقص الأمة الإسلامية في العصر الحالي الإنجاز الجماعي للخلوص إلى قانون إسلامي موحد يتجاوز الحدود الإقليمية الضيقة وليكون مصدراً لجذب المؤسسات إلى اللجوء إليه، فلا يخفى أن قواعد التشريع الإسلامية بما لها من أسس قائمة على الحق والعدل، ومستمدة من مصادرها الأساسية القرآن الكريم والسنة النبوية ستكون نظاماً متميزاً يحقق أقصى درجات التوازن والانسجام في تنظيم العلاقات الدولية كافة.

وفي ذلك يقول السنهوري – رحمه الله: " ولو تلمس الفقهاء قانوناً دولياً خاصاً في الإسلام لما وجدوا صعوبة في ذلك...إن الشريعة الإسلامية إذا صادفت من يعني بأمرها تستطيع أن تجاري القانون الحديث دون تقصير، بل وتفوق عليه في بعض المسائل "[2]، وتأتي محاولات كالمعايير الشرعية مثلاً، لتؤكد قدرة الفقه الإسلامي في صياغة قانون حديث بأصول إسلامية نأمل تطوير قواعدها ليتاح العمل بها على المستوى الدولي بإذن الله.

وفي ظل التقسيم الإقليمي للدول في العصر الحالي تتباين القواعد الوطنية أو الداخلية في كل دولة فيما يتعلق بمعاملة حكم التحكيم الأجنبي، ولعل صعوبة توحيد هذه القواعد يعدّ من الأسباب التي تقف عقبة في فعالية تنفيذ أحكام التحكيم عبر الدول [3]، فسلطة تنفيذ حكم التحكيم ضدّ الطرف الممتنع قد تتضمن حجزاً على منقولات أو تصفية..الخ، وذلك لضمان التنفيذ، وهذا مما يعد مقصوراً على الدولة كسلطة عامة، ولا يمكن للدولة أن تفوّض غيرها القيام به، وبالتالي

---

[1] المرجع السابق "بتصرف".

[2] السنهوري، عبد الرزاق، الدين ودولة الإسلام، ص: ١٠، ١٤، انظر: دراز، رمزي، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، ص: ٣٢٠.

[3] تختلف مثلاً طرق الاعتراض على حكم التحكيم بين الدول ما بين متشدد ومتساهل سواء بالنسبة لدعوى البطلان أو الاستئناف أو الالتماس وإعادة النظر، أو طريقة إصدار أمر التنفيذ، فبعض النظم القانونية تتطلب أن يكون القرار التحكيمي مصدقاً عليه من الدولة التي صدر على إقليمها، وبالتالي فإن الحال يفرض على من يرغب في تنفيذ حكم التحكيم الصادر على أرض دولة تتطلب مثل هذا الإجراء أن يتخذ إجراءين: الأول: التصديق على القرار من الدولة التي صدر فيها، والثاني: الحصول على الأمر بالتنفيذ من الدولة التي سيجري التنفيذ على أرضها، وأثر مثل هذه الفروقات واضح عند تنفيذ حكم التحكيم الصادر في الخارج أو الذي يتعلق بالتجارة الدولية بصفة عامة. القصبي، عصام الدين، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، ص: ٤٦، مبروك، عاشور، النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، ص: ١٤ – ١٥، سامي، فوزي، التحكيم التجاري الدولي، ص: ٣٥٩ – ٣٦٠.

فإن تنفيذ حكم التحكيم إنما يكون في محاكم دولة ووفقاً للقواعد القانونية المطبقة فيها، والتي تختلف من دولة لأخرى، ولما كان انتقال حكم التحكيم من دولة لأخرى واقعاً لا يمكن إنكاره، فإن من الواجب إذن أن تتوافر لحكم التحكيم الوسائل التي تكفل له الفاعلية وفقاً لأنظمة الدول المختلفة حتى يصبح قابلاً بالفعل للتنقل من دولة لأخرى على المستوى الدولي وليس فقط على مستوى الدولة التي صدر فيها الحكم [١].

وهذا ما سعت له الاتفاقيات والأنظمة الدولية والتي حددت أهدافها في إطار النفاذ الدولي لأحكام التحكيم وتقليل العقبات التي تواجه تنفيذ حكم التحكيم على النطاق الدولي، وأقتصر كمثال على ما ورد في المعايير الشرعية، والأعراف الجارية في المعاملات التجارية الدولية، وبالنسبة للقانون النموذجي ( اليونسترال ) فإنه في تعديلاته الأخيرة لسنة ٢٠١٠، يحيل أمر الإجراءات التي تتعلق بالتنفيذ لأمر القانون الواجب التطبيق الذي اتفق عليه الأطراف، وبالتالي فإن اتفاق الأطراف بالنسبة لتحديد القانون الواجب على الإجراءات يلزمهم بتلك الكيفية، وتتضمن إجراءات نفاذ حكم التحكيم الدولي الأمور التالية:

**أولاً: من لـــه الحق بطلب التنفيذ**

لا تفرّق أحكام المعايير الشرعية، ولا أحكام القانون النموذجي ( اليونسترال) بين أن يكون طالب تنفيذ الحكم التحكيمي من أشخاص القانون الخاص أو من أشخاص القانون العامّ، ودون تفرقة بين ما إذا كان التحكيم يتم عن طريق مؤسسة تحكيم دولية دائمة أو محكمة تحكيم دولية من محاكم الحالات الخاصة [٢]، وهي بذلك تضفي صفة المرونة والتيسير بالنسبة لتنفيذ حكم التحكيم متجاوزةً عقبات إبطال الحكم لمجرد تحديد صفة طالب التنفيذ ودون شروط مشددة في تحديد هذه الصفة.

---

[1] البحيري، عزت، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ص: ١٦١، حزبون، جورج، الاتجاهات الدولية في التحكيم الدولي الخاص، ص:٥٦٥ – ٥٦٧، سامي، فوزي، التحكيم التجاري الدولي، ص: ٣٥٩ – ٣٦٠.

[2] حيث نصت المادة الأولى من المعايير الشرعية على: " أن نطاق معيار التحكيم يتناول التحكيم في المعاملات المالية والأنشطة والعلاقات التي تتم بين المؤسسات، أو بينها وبين عملائها، أو موظفيها أو أطراف أخرى، سواء كانوا في بلد المؤسسة أم في بلد آخر "، وفي المادة ٤: " التحكيم مشروع سواء تم بين شخصين طبيعيين أم اعتباريين، أم بين شخص طبيعي وشخص اعتباري "

**ثانياً: المحكمة المختصة بالأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي**

تتجه بعض القوانين إلى جعل تنفيذ حكم التحكيم من اختصاص موظف إداري[1]، وبعضها يجعله من اختصاص قاضي التنفيذ[2]، ومنهم من يجعله من اختصاص محكمة الاستئناف[3]، وللخروج من هذا الخلاف يمكن القول بأن من الأولى أن تحدد كل دولة مفهومها بالنسبة للمحكمة المختصة، حيث يدخل في وظائف هذه المحكمة الوطنية إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي، ومن أن انعقاد الاختصاص بطلب تنفيذ أحكام التحكيم الدولية والإجراءات القضائية الواجبة الاتباع لإصدار أمر التنفيذ يعد من الأمور الخاضعة للقانون الوطني للدولة التي يطلب إليها تنفيذ الحكم في إقليمها – وهو مابينته المعايير الشرعية [4] –وهذا لن يكلف المحكوم له عناءً شديداً، إذ يكفيه أن يقدم طلب تنفيذ حكم التحكيم إلى الجهة المختصة في الدولة التي يريد تنفيذه في إقليمها وفقاً لقانون إجراءاتها، وأن يقدم أصل الحكم الموثق حسب الأصول المرعية فضلاً عن أصل اتفاق التحكيم أو صورة منه مصدقة حسب الأصول وترجمة رسمية للحكم إذا كان الحكم قد صدر بغير اللغة الرسمية لدولة التنفيذ، وتبني المبدأ المذكور يعد قاعدة إسناد موحدة لا يثور حولها غموض أو خلاف كبير، كما أنه يضع معايير قصوى للمستندات التي يجب تقديمها لمحكمة التنفيذ، ومن ثم لا يكون مناقضاً لفكرة التوحيد المنشود أن تضع أي دولة شروطاً أخف من الشروط التي تطلبها لتنفيذ حكم التحكيم [5].

**ثالثاً: موانع التنفيــذ**

يقتصر دور الجهة المختصة بإصدار أمر التنفيذ على مباشرة رقابةٍ شكلية وخارجية على حكم التحكيم، وبالقدر الذي يكفي للتحقق من توافر شروط التنفيذ، وعدم وجود مانع يحول دونه، دون التعرض لموضوع الحكم وإعادة تقدير وقائع النزاع والبحث في ملاءمة أسباب الحكم وكفايتها لحمل منطوقه، وذلك يضمن سرعة تنفيذ أحكام التحكيم الدولية، كما يتفق مع المباديء الأخرى المقررة بشأنها ؛ كالاعتراف بحجيتها من تاريخ صدورها [6]، وبالتالي لا يجوز رفض الاعتراف بأي قرار تحكيم أو رفض تنفيذه، بصرف النظر عن البلد الذي صدر فيه، إلا أن

---

[1] كالقانونين السويدي والفلنندي.

[2] كالقانون الفرنسي.

[3] كالقانون الأردني والمصري.

[4] انظر: المعايير الشرعية، التحكيم، المادة ( ١٢ / ٣ ) والمادة ( ١٣ / ١ –٢ )، وبالنسبة للقانون النموذجي ( اليونسترال ) لسنة ٢٠١٠، فإن القانون يحيل مثل هذه الإجراءات إلى القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، كما يفهم من المادة ( ١ / ٣ ) والمادة ( ٣٥ )، وبالتالي إذا اتفق الخصوم على قانون دولة معين، كـــان تنظـــيم التنفيذ يتبع لأصوله في قانون تلك الدولة.

[5] المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، ص: ٥٨١ – ٥٨٢.

[6] سامي، فوزي، التحكيم التجاري الدولي، ص: ٣٦٠، المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، ص: ٥٩٢.

القوانين الوطنية والاتفاقات الدولية كاتفاقية نيويورك تستثني حالات يمكن أن تعدّ دفعاً مقبولاً في مقابل تنفيذ الحكم، على أن التمسك بأحد من هذه الدفوع إما أن يكون للمحكوم عليه وحده وبالتالي يقع عليه عبء الإثبات فلا يجوز للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها [١]، وإما أن تثيره المحكمة ويكون عليها وحدها عبء الإثبات، كما يلي:

**أولاً: الحالات التي تتم بناءً على طلب أحد أطراف التحكيم وتشمل ما يلي[٢]**

١- افتقار أحد الأطراف للأهلية، والتي تحددها محكمة الدولة المختصة وفق قانون البلد.

٢- عدم صحة اتفاق التحكيم بموجب القانون الذي أخضع الطرفان الاتفاق له، أو أنه – عند عدم الإشارة لهذا القانون – غير صحيح بموجب قانون الدولة التي صدر فيها القرار.

٣- عدم تبليغ المحكوم عليه بتعيين المحكم على نحو صحيح، أو بإجراءات التحكيم، أو أنه لم يستطع لسبب آخر أن يعرض قضيته، مما يعني إخلالاً بحقوقه في دفاع صحيح.

٤- تناول قرار التحكيم نزاعاً لا يقصده أو لا يشمله اتفاق العرض على التحكيم، أو أنه يشتمل قرارات تتعلق بمسائل خارجة عن نطاق هذا الاتفاق، باعتبار أن سلطة المحكم مستمدة من إرادة الخصوم فالأصل أن يتقيد بحدود النزاع وموضوعه ولا يصح أن يتجاوزه إلى ما سواه، ولكن إن أمكن التنفيذ جزئياً كان أولى من إبطاله بالكلية، وذلك إذا كان من الممكن فصل القرارات المتعلقة بالمسائل التي تدخل في نطاق التحكيم عن تلك التي لا تدخل في نطاقه، فيجوز عندئذ الاعتراف بالجزء الذي يدخل في نطاق التحكيم وتنفيذه.

٥- مخالفة تشكيل هيئة التحكيم أو الإجراءات التحكيمية لاتفاق الأطراف أو – في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق – مخالفاً لقانون البلد الذي جرى فيه التحكيم.

---

[1] رغم أن الأسباب التي يجوز أن يرفض على أساسها الاعتراف أو التنفيذ بمقتضى القانون النموذجي لسنة ٢٠٠٦ قبل التعديلات الأخيرة – مطابقة لتلك المذكورة في المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك، فإن الأسباب المبنية في القانون النموذجي المذكور تنطبق لا على قرارات التحكيم الأجنبية وحدها، بل على جميع قرارات التحكيم التي تصدر في مجال انطباق النص التشريعي الذي يسن القانون النموذجي، وعموماً اعتبر من المستصوب – حرصاً على الاتساق – أن يُعتمد نفس النهج والصيغة المتبعان في هذه الاتفاقية الهامة، بيد أن السبب الأول على القائمة الواردة في اتفاقية نيويورك ( والذي مفاده أنه يجوز رفض الاعتراف والتنفيذ في حال أن طرفي اتفاق التحكيم كانا بمقتضى القانون المنطبق عليهما في حالة من حالات انعدام الأهلية ) تم تعديله في القانون النموذجي لسنة ٢٠٠٦ لأنه اعتبر محتوياً على قاعدة غير مكتملة، ويمكن أن تكون مضللة بشأن تنازع القوانين، ذلك أن اتفاقية نيويورك قد أساءت التعبير حينما تطلبت عدم أهلية أطراف الاتفاق مما يمكن حمله على أن الاتفاقية تتطلب فعلاً وجوب انعدام أهلية كلا الطرفين لرفض تنفيذ حكم التحكيم، في حين أن الرفض يمكن أن يبنى أيضاً على مجرد نقص أهلية أحد طرفي الاتفاقية. المذكرة الإيضاحية للقانون النموذجي ( اليونسترال) لسنة ٢٠٠٦، الفقرة: ٥٤، مبروك، عاشور، النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، ص: ٢٧٠.

[2] اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لسنة ١٩٥٨، المادة الخامسة، ( وهي موافقة لما أقرته قواعد اليونسترال لسنة ٢٠٠٦ )، وانظر: والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٥٠٥ وما بعدها، قانون التحكيم الأردني رقم ( ٣١ ) لسنة ٢٠٠١، المادة ( ٥٣ ).

٦- عدم اكتساب القرار صفة الإلزام، في الدولة التي صدر فيها الحكم أو صدر بموجب قانونها، وينظر في تحديد هذا المصطلح للنظام القانوني الذي يخضع له حكم التحكيم الأجنبي، سواءً كان قانون البلد الذي صدر فيه أو في قانون بلد آخر، أو نظام قانوني معين خضع له التحكيم [1].

٧- إلغاء حكم التحكيم أو وقف تنفيذه من إحدى محاكم البلد الذي صدر فيه القرار أو بموجب قانونه، ولا تتوافر هذه الحالة إذا ألغي الحكم أو وقف تنفيذه من محكمة أو سلطة في دولة غير الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم أو صدر الحكم وفقاً لقانونها، وذلك تجنباً لدعاوى البطلان التي ترفع كيداً في دولة لا علاقة لها بالحكم [2].

**ثانياً: الحالات التي ترفض فيها المحكمة تنفيذ حكم التحكيم من تلقاء نفسها:**

يجوز للمحكمة التي يرفع فيها قرار التحكيم أن ترفض تنفيذه من تلقاء نفسها، في الحالات التالية:

١- عدم قابلية موضوع النزاع للتسوية بالتحكيم وفقاً لقانون هذه الدولة، فإذا كان موضوع النزاع الذي صدر فيه القرار من المواضيع التي لا يجوز حسمها بالتحكيم وفقاً لقانون البلد الذي يراد تنفيذ حكم التحكيم فيه، فيجوز عندئذ للسلطة المختصة رفض تنفيذ هذا القرار [3].

٢- معارضة القرار التحكيمي للسياسة العامة للدولة، ويقصد بذلك مخالفة الحكم الصادر للنظام العام الوطني، فمثلاً لو كان القرار التحكيمي يتعلق بتوزيع أرباح كازينو ألعاب قمار، وصدر بنتيجته حكم تحكيمي، فإن موضوع هذا الحكم يعدّ في بعض الدول عملية تجارية محضة، ويعطي الحكم صيغة التنفيذ دون أي مشكلة، ولكن الميسر والقمار مخالف للنظام العام في الدول

---

[1] وقد ثار خلاف حول المقصود بالإلزام، فذهب رأي إلى أن المقصود هو أن يكون الحكم نهائياً- أي غير قابل للطعن فيه بالاستئناف – وذهب رأي آخر إلى أن الحكم يعتبر منذ صدوره حكماً ملزماً – بالمفهوم الذي تقصده اتفاقية نيويورك – ولو كان قابلاً للطعن فيه بالاستئناف، باعتبار أنه منذ صدوره يعتبر حائزاً لقوة الأمر المقضي ما دام قطعياً، وبالتالي ملزماً، وذهب الرأي الغالب إلى أنه يجب ألا يكون الحكم قابلاً للطعن فيه بطريق من طرق الطعن العادية ( الاستئناف أو المعارضة )، أي حائزاً لقوة الأمر المقضي، فلا يكفي عدم قابليته للاستئناف إذا كان يقبل الطعن بالمعارضة، ووفقاً لأي من هذه الآراء فإن قابلية حكم التحكيم لدعوى البطلان لا ينفي كونه حكماً ملزماً، ويقع عبء إثبات أن الحكم لم يصبح ملزماً على عاتق المحكوم عليه في طلب أمر التنفيذ، ولا يلزم أن يكون حكم التحكيم الأجنبي قد صدر أمر بتنفيذه في تلك الدولة. والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٥١٠ – ٥١١.

[2] شفيق، محسن، التحكيم التجاري الدولي، ص:٣٤٦، ٣٤٧.

[3] ومثال ذلك: رفضت محكمة التمييز الأردنية تنفيذ القرار التحكيمي الصادر ضد شركة التأمين الوطنية الأردنية لصالح شركة كريسدان شيبنغ كومباني اس. آ. وذلك لأن موضوع النزاع الناتج عن عقد مشارطة السفن لا يمكن خضوعه للتحكيم، لأن القانون الأردني الخاص بالتجارة البحرية رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٣ ينص على بطلان أي شرط أو اتفاق ينزع اختصاص المحاكم الأردنية من النظر في الخلافات الناشئة عن النقل البحري، وبذلك يكون الاتفاق على حل النزاع الناشيء عن عقد مشارطة السفن وهو ما يتعلق بالنقل البحري من الأمور التي لا يمكن الاتفاق على حسمها بالتحكيم. تمييز حقوق رقم ٤٩٦ / ٨٥ الصادر في ٩/ ٩ / ١٩٨٥، مجلة نقابة المحامين، العددان ١١، ١٢، تشرين الثاني – كانون الأول ١٩٨٧، ص: ١٩١٩، سامي، فوزي، التحكيم التجاري الدولي، ص: ٣٧٩ – ٣٨٠.

التي تحكم بالشريعة الإسلامية، وبالتالي لا يعطى صفة التنفيذ في النظام الداخلي للدولة ويكون عرضة للإبطال [١].

ولم تفرّق المعايير الشرعية في موانع التنفيذ بين حكم محلي أو دولي، مكتفية بأن عرض القرار على المحكمة المختصة وعدم قابليته للتنفيذ يعد مبرراً لرفض التحكيم والتحول للقضاء في نظر الخصومة [٢]، كما أن صدور الحكم موافقاً للشريعة الإسلامية ووفق أسس الحق والعدالة كفيلان بأن يكون الحكم مُلزماً للأطراف فلا يصح نقضه أو الاعتراض عليه، وأن ذلك لا يتاح – رفض التنفيذ – إلا في حالتين: الأولى: صدور الحكم مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية، والثاني: مخالفة الحكم للنظام العام [٣]، وهي بذلك أعطت مرونة متميزة في قابلية التنفيذ على المستوى الدولي، وإن كانت الأحكام ستلاقي تعارضاً في محل الحكم خصوصاً إذا كنا نتحدث عن قرارات قد تخالف حكم الشريعة الإسلامية، وهذه واحدة من المعوقات التي تظهر في صدد تطبيق قانون تحكيم إسلامي في مظلة القانون الدولي كما سأبينه في مبحث لاحق بإذن الله.

---

[1] الأحدب، عبد الحميد،إجراءات التحكيم، ص: ٥٤٣ – ٥٤٤.
[2] المعايير الشرعية، التحكيم، المادة ( ١٣ / ١ ).
[3] المعايير الشرعية، التحكيم، المادة ( ١١ / ١٢ ).

## المبحث الثاني: الطعـــن في حكم التحكيم وإبطالــــه

يطلق مفهوم البطلان في الفقه الإسلامي باعتبارات متعددة [١]، إلا أنه بوصفه الحسي والاعتباري[٢] الذي يصدق على جميع التصرفات المدنية من قولية وفعلية يمكن أن يعرّف بأنه: عدم اكتساب التصرف وجوده الاعتباري وآثاره في نظر الشارع [٣]، وعليه فإن بطلان الحكم يعني عدم الوجود الاعتباري لذلك الحكم، بحيث لا تترتب الآثار الشرعية عليه، وإن كان موجوداً في الحس والواقع، فيستحق النقض والإعادة وعدم الاعتداد به، إضافة إلى أنه لا يرتب أثره من حيث النفاذ واللزوم ورفع الخلاف وقطع الخصومة [٤]، وقد تميزت الشريعة الإسلامية بالسبق في تنظيم أحكام البطلان للأحكام القضائية، وإن كان مجال البحث لن يستوعب المرور على كافة الجزئيات المتعلقة بإبطال الأحكام، فأكتفي بما يتعلق بجزئية حكم التحكيم والظروف المحيطة به مع مراعاة الإجراءات المعاصرة في دعوى بطلان الحكم، على اعتبار أن مثل هذه الإجراءات التنظيمية لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، فهي أمور تستدعيها السياسة الشرعية في طور المصلحة العامة والضرورة التي تستلزمها، أما كيف يتقرر البطلان لحكم التحكيم فهو ما سأجيب عنه بحول الله في المطالب التالية:

### المطلب الأول: المحـــلّ الذي يـــَرِدُ عليه البطلان

لا تقبل دعوى البطلان في مواجهة غير المحل المعتبر، فلا بد أن تكون دعوى البطلان في مواجهة حكم التحكيم النهائي الذي صدر بشكله المنهي للخصومة، لأنه قبل ذلك لا يسمى حكماً، وبالتالي افتراض بطلان الحكم قبل تمامه أو قبل صدوره غير متصور، وفيما يلي بيان هذه الاعتبارات:

---

[1] لفظ البطلان يطلق في الشريعة الإسلامية باعتبارين:
أحدهما: أن يراد به عدم ترتب آثار العمل في الدنيا، فالعبادة الباطلة بمعنى أنها غير مجزئة، ولا مبرئة للذمة ولا مسقطة للقضاء فيما فيه قضاء، ونقول أيضاً في المعاملات أنها باطلة، بمعنى عدم حصول فوائدها بها شرعاً من حصول الأملاك والانتفاع بالمطلوب، وثانيهما: أن يراد بالبطلان عدم ترتب آثار العمل عليه في الآخرة أي من حيث الثواب والعقاب. الشاطبي، الموافقات، ج /١، ص: ٢٠٢ – ٢٠٥

[2] إن كل تصرف من الإنسان له ناحيتان في الوجود: **وجود حسّي**: وهو وقوعه بحركته وصورته المادية، **ووجود اعتباري**: وهو أن يعتبر الشارع له صفة الصلوح لأن تترتب عليه أحكامه، وهي آثاره المقررة له شرعا، وكل ما كان له صفة اعتبارية متوقفة عليها أحكامهً، فإن عدم اعتباره يجعل وجوده كعدمه، فهي كصورة جامدة لا روح فيها ولا تأثير لها، وإنما العتبار الشرعي هو الذي ينفخ فيها الروح ويهبها الحياة والفاعلية. الزرقا، مصطفى، المدخل الفقهي العام، ج /٢، ص: ٧٠٣.

[3] المرجع السابق.

[4] أبو البصل، عبد الناصر، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، ص: ٥٠٦.

**أولاً: وجوب تعلق الدعوى بقرار هيئة التحكيم القطعي**

لا تسري دعوى البطلان التي تنظمها قوانين التحكيم إلا على أحكام التحكيم بالمعنى الصحيح، والعبرة هنا ليس بما تضفيه هيئة التحكيم من اسم على القرار الذي تصدره، وإنما بحقيقته، وحكم التحكيم الصحيح هو عمل المحكمين الذي يفصل بصفة قطعية كلياً أو جزئياً في نزاع معروض عليهم سواءً تعلق بالموضوع أو بالاختصاص أو بوسيلة إجرائية، إذا كان هذا الفصل يؤدي إلى وضع حدّ للخصومة [١].

فمثلاً لا يعتبر حكم تحكيم القرارات التي يصدرها المحكمون والمتعلقة بإجراءات الإثبات أو سير الخصومة، كما هو الحال بالنسبة لقرار الإحالة على خبير، أو قرار سماع الشهود، أو القرار الصادر بوقف الخصومة، أو القرار الصادر بانقطاع الخصومة أو باستئناف سير الخصومة، أو القرارات الصادرة بتحديد ميعاد للجلسة أو تقديم المستندات والاطلاع عليها، فكل هذه القرارات لا تكون محلاً لدعوى بطلان أحكام التحكيم لأنها ليست أحكاماً قطعية، كما أن قرار المحكمين الذي يتوقف نفاذه على موافقة الطرفين لا يعتبر حكم تحكيم، كما هو الحال بالنسبة لقرار الهيئة بمشروع حكم يتوقف صدوره على موافقة الطرفين عليه [٢].

**ثانياً: انحصار دعوى الطعن بالحكم المنهي للخصومة ( النهائي )**

ويترتب على القول بالحكم المنهي للخصومة عدم جواز رفع دعوى البطلان أثناء سير الدعوى، إلا بعد انتهاء خصومة التحكيم كلها، لأسباب ثلاثة:

**الأول:** أن دعوى بطلان حكم التحكيم ليست جزءاً من الدعوى أمام هيئة التحكيم، وإجراءاتها ليست جزءاً من خصومة التحكيم، فالدعوى تنشأ بعد صدور حكم تحكيم ضدّ أحد الطرفين، وهي تتضمن طلباً يختلف عن الطلبات التي أنيط بالمحكمين – وفقاً لاتفاق التحكيم – النظر فيها، وهي لهذا لا تدخل في ولاية هيئة التحكيم، ولا تخضع لنطاق إرادة الأطراف، وهذا يقتضي أن يكون وقت الطعن بالحكم بالصورة المقبولة بعد انتهاء خصومة التحكيم لكونها ستكون جزءاً من إجراءات الخصومة أمام محاكم الدولة [٣].

**الثاني:** أن الرغبة التي تحدو الأطراف من اللجوء إلى التحكيم هي الحصول على حكم سريع ينهي النزاع، وفقاً لهذا الهدف العام فقد اتجهت اتفاقيات وأنظمة للتحكيم إلى الحد بقدر الإمكان

---

[1] والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٥٤٥.

[2] استئناف ( قاهرة ) /٩١ تجاري ٢٨ /٢ / ٢٠٠٤ في القضية ٥٢ لسنة ١٢٠، و استئناف ( قاهرة ) / ٩ تجاري ٢٥ / ٧ / ٢٠٠٧ في الدعوى رقم ٥ لسنة ١٢١ ق.تحكيم، حداد، حفيظة السيد،الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم، ص: ٢٥.

[3] والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٥٥٨.

من إمكانية الطعن بقرار التحكيم إن لم يكن حظرها بالكلية، لا سيما في أنظمة مؤسسات التحكيم الدائمة[١]، ولست أتفق مع القول بمنع الطعن بالتحكيم بالكلية لأنه لما كان الأساس الذي يقوم عليه إصدار الحكم توخي الحق والعدل فإن القول بمنع الطعن مع وجود مبرراته يناقض أسس الحق العدل، إلا أن تقليل طرق الطعن أولى من فتح المجال أمام الطعن بالكلية كجانب مقابل لجانب المنع المطلق،" لأن هدف الوصول إلى الحكم بسرعة يقتضي عدم تقطيع أوصال القضية بين هيئة التحكيم وبين محكمة الدولة وهو ماسيحدث إذا أجيز رفع دعوى بطلان فورية في الأحكام غير المنهية للخصومة" [٢]، كما أن الفقه الإسلامي أجاز القول بطلب الطعن في الحكم الصادر – مع تنظيم أحكامه – كما سيأتي.

**الثالث:** تجنب حالات دعاوى بطلان لا حاجة لها، ستؤدي إلى عرقلة سير الإجراءات وتشتيت القضية دون مبرر مقبول، ونرى أن أحكام الفقه الإسلامي قد اهتمت كثيراً بكل ما سيوصل إلى الحكم بدءاً من عرض النزاع مروراً بطرق الإثبات للوصول إلى الحكم الصحيح، لأنها تتبنى القاعدة الشرعية: ما يبنى على الباطل فهو باطل، وتجعلها أساساً لتفنيد أسباب البطلان، فالمرحلة الوقائية دائماً خير من العلاج، خصوصاً وأن تنظيم طريق القضاء في الشريعة الإسلامية يراعي عدم استنزاف الوقت، وتحريم المماطلة في الوصول إلى الحق، كما أنه يبنى على أسس صحيحة من حيث تقيده بأصول التشريع وبأصول فقهية ولغوية ومنطقية لا يسمح بتجاوزها، فلا يكون الحاكم أو القاضي متبعاً لهواه في الحكم، بل هو ممثل لأمر الله تعالى فيما فوّض إليه من فصل الخصومة بالعدل وهو منشيء للحق بقيام حقوق وواجبات أنشأها الدليل الشرعي الذي تعلق به حكمه[٣]، فكلما تمت مراعاة الدقة والتصويب في مرحلة ما قبل الحكم كلما كان ذلك أجدى في الوصول إلى حكم صحيح منتج لآثاره، وبالتالي تضييق الخناق على دعاوى البطلان، وتحاول كثير من التنظيمات والمؤسسات التحكيمية الحديثة أن تستقي أسلوب هذا المنهج، ومنها القانون النموذجي حيث تدارك تصويب الإجراءات وأجاز قبل مرحلة صدور الحكم النهائي تصحيح ما

---

[1] نصت المادة ( ٢٤ ) من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية على حظر الطعن في حكم التحكيم بأي طريق من طرق الطعن، وعلى أن حكم المحكمين حكم نهائي، وأن الطرفين يلتزمان ضمنياً نتيجة لإخضاعه نزاعهما لتحكيم الغرفة، ووجوب تنفيذ الحكم الذي يصدر دون إبطاء وعلى الطرفين أن يتنازلا عن مباشرة طرق الطعن التي يجوز لهما التنازل عنها قانوناً. مذكرة الأمانة العامة للأمم المتحدة.

[2] المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، ص: ٤٨٠ –٤٨١، والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٥٥٨ –٥٥٩.

[3] وفي ذلك يقول الإمام القرافي: " وإذا تقرر أن الله تعالى جعل لكل مكلف وإن كان عامياً أو جاهلاً الإنشاء في الشريعة لغير ضرورة، كما في النذر وتعليق الطلاق على سبب، فأولى أن يجعل الإنشاء في الحكام مع علمهم وجلالتهم، لضرورة درء العناد، ودفع الفساد وإخماد النائرة وإبطال الخصومة " الإحكام، ص: ٣٨، أنظر: ياسين، محمد نعيم، حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ص: ٩٠ – ٩٣.

يمكن أن يكون قد طرأ خلال الخصومة من أخطاء يمكن تصحيحها، سواء أثارها الخصوم أو أثارتها الهيئة نفسها وكان لها ما يبررها، وهي بذلك تمهد لأن يصل الحكم إلى المرحلة النهائية خالياً من العيوب تلافياً لاحتمال الطعن فيه بأكبر حد ممكن [١].

## المطلب الثاني: أسباب بطـــلان التحكيـــم

بما أن التحكيم له طبيعة خاصة، فهو ليس ولاية قضائية كاملة، كما أنه ليس تصرفاً عقدياً كاملاً، فلا بد إذن ونحن نعرض أسباب البطلان أن نراعي هذه الطبيعة الخاصة، ومادام أن التحكيم ينشأ في بدايته بعقد اتفاقي بين الأطراف، فإن تحديد أسباب البطلان في جميع صورها وحالاتها يمكن ردّها من ناحية شرعية إلى سبب واحد هو مخالفة التصرّف لنظامه الشرعي في ناحية جوهرية، والمقصود بالناحية الجوهرية: التي توجب مخالفتها البطلان كل ناحية أو شريطة أساسية، سواءً أكانت ذاتية، أي متعلقة ببعض الأوصاف المشروطة شرعاً في مقومات التصرف وأركانه، أو كانت شكلية محضة [٢]، وعليه فإن أسباب بطلان التحكيم قد ترجع إلى خلل يتعلق بالاتفاق الأساسي للتحكيم، أو صفته، أو بسبب يتعلق بالمحكوم به، أو بالإجراءات وأصول التقاضي أو بالحكم النهائي، وفي الفروع التالية بيان لهذه الأسباب بالتفصيل:

### الفرع الأول: حالات البطلان المتعلقة بمقوّمات الاتفاق الأساسي للتحكيم

مر معنا في فصل سابق أن لكل عقد مقومات لا بد من وجودها لكي يتحقق وجوده الفعلي، ومن هذه المقومات أركانه، ثم إن لكل من هذه المقومات شرائط، أي صفات مطلوبة شرعاً لا بد من تحققها فيه، حتى يكون قوام العقد بمقوماته الصحيحة، ويكتسب وجوده الاعتباري، وبالتالي فإن تخلفها إما أنه سيوجب بطلاناً كلياً للتصرف أو أنه سيجعله فاسداً أي قابلاً للإبطال[٣]، وقد تبين بما يستدعيه مقام البحث حقيقة المقومات الأساسية التي يقوم عليها عقد التحكيم، وبالتالي فإن ورود الخلل على أي من تلك المقومات يكفي لرفع دعوى البطلان، وتتمثل مواطن الخلل في الأمور التالية:

---

[1] أنظر: المعايير الشرعية، التحكيم، المادة ( ١١ / ٤ )، القانون النموذجي ( اليونسترال ) المادة ( ٣٧ – ٣٨ ).

[2] الزرقا، مصطفى، المدخل الفقهي العام، ج /٢، ص: ٧٠٩، السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، ج/ ١، ص: ٥٣٨ – ٥٣٩.

[3] الزرقا، مصطفى، المدخل الفقهي العام، ج /٢، ص: ٧١٠ – ٧١١.

**أولاً: انعدام ولاية المحكم لعدم الاتفاق على التحكيم**

يستمد المحكم ولايته من اتفاق الخصوم، وهذا العقد يقاس على عقد ولاية القاضي، فإنه لا يتصدر مهمة الحكم بين الخصوم بغير عقد التولية [1]، فإذا تبين عدم وجود اتفاق تحكيم بين الأطراف، قضي ببطلان الحكم، وصورة ذلك: أن يكون المحكم قد استمد ولايته بالنزاع من مستند لا يعتبر اتفاق تحكيم، كما لو استمدها من مستندات التفاوض، أو من خطاب نوايا، أو من مراسلات لا تستخلص منها أركان اتفاق التحكيم، ولا يعد ذلك كله اتفاقاً، وبالتالي ما يصدر من أحكام خارج حدود اتفاق صحيح لا يكون حكماً له المقومات الأساسية للأحكام، ومن صوره أن يوجد اتفاق التحكيم في عقد ضمن مجموعة عقود متشابهة متتابعة، ونشأ خلاف حول ما إذا كان هذا الاتفاق يسري على غير العقد الذي يتضمنه، أو إذا وجدت حوالة للحق أو تجديد للعقد وحدث نزاع حول انتقال شرط التحكيم إلى المُحال له أو إلى العقد بعد تجديده، ويجب في هذا السياق عدم الخلط بين اتفاق التحكيم الذي بمقتضاه يخول الطرفان شخصاً آخر مهمة الفصل في النزاع والعقد الذي يوكلان بمقتضاه شخصاً آخر في القيام بعمل قانوني، أو العقد الذي يتفقان بمقتضاه على تعيين خبير لتزويدهما برأيه الفني أو القانوني بشأن عمل معين، وبالتالي يكون المحكم قد قضى خطأً بولايته بالنزاع إذ لم يعد كونه وكيلاً أو خبيراً عينه الطرفان بهذا العقد أو ذاك [2].

كما أن هذه المسألة تختلف عما لو لو فصل أحد دعوى المنازعة بين أطراف الخصومة بدون أن يُحكَّم في ذلك، ثم رضي الطرفان بحكمه وأجازاه، وقد أوردت مجلة الأحكام العدلية هذه الحالة، واعتبرت حكم المحكم نافذاً، لأن الإجازة اللاحقة هي في حكم الوكالة السابقة، إلا أن المجلة اشترطت لصحة الحكم غير رضا الطرفين بالحكم أن يكون هذا الشخص أهلاً لأن يكون محكماً، كما أنها اشترطت لنفوذ حكمه بإجازة الطرفين أن يكون الحكم المذكور موافقاً لأصوله المشروعة، فلذلك لو أجاز الطرفان الحكم غير الموافق لأصوله المشروعة فلا ينفذ، لأن الإجازة تلحق الصحيح والموقوف، ولا تلحق الباطل، قياساً على بيع الفضولي مال الآخر ببيع باطل وأجاز صاحب المال البيع فإن إجازة صاحب المال غير معتبرة ويبقى البيع باطلاً [3].

---

[1] الماوردي، أدب القاضي، ج / ١، ص: ١٧٧ – ١٧٨.
[2] المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، ص: ٤٨٧ – ٤٨٨، والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٥٧٤ – ٥٧٦.
[3] انظر: المادة ( ١٨٥١ ): حيدر، علي، مجلة الأحكام العدلية، ج/ ٤، ص: ٦٣٨.

**ثانياً: إذا كان اتفاق التحكيم باطلاً أو قابلاً للإبطال**

سواءً اتخذ الاتفاق صورة شرط أو صورة مشارطة، فإن المطبق بالنسبة لطروء البطلان والحالة هذه القواعد المقررة بالنسبة للعقود بصفة عامة، سواءً بالنسبة لعيوب الإرادة بأن يكون معدوم الأهلية أو ناقص الأهلية، أو غير متمتع بالأهلية اللازمة لتوقيع عقد تحكيمي أو عقد يتضمن شرطاً تحكيمياً[١]، أو أن يصدر عن غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، أو بالنسبة لمحل العقد أو سببه، فالرضا يشترط فيه التمييز وتقابل الإيجاب والقبول مع تطابقهما، والمحل يشترط فيه الإمكان والتعيين والمشروعية، والسبب تشترط فيه المشروعية، فإذا اختل شيء من ذلك كان العقد باطلاً، كما ويتعلق بها الأحكام المتعلقة بالشروط الخاصة بالتحكيم، كأهلية التصرف في الحق المتنازع فيه، وصلاحية هذا الحق كمحل للتحكيم، وتحديد محل النزاع الذي يرد عليه التحكيم [٢].

كما يجب تطبيق تجزؤ البطلان في كل حالة في اتفاق التحكيم يمكن أن يتجزأ فيها البطلان، والبطلان قابل للتجزؤ عند فقهاء المسلمين، فإذا كان العقد بعضه باطل وبعضه معتبر بالنسبة

---

[1] أثير موضوع الأهلية في دعوى هضبة " الأهرام " من زاوية أن العقد الذي تضمن شرطاً تحكيمياً معيباً لعدم أهلية موقعيه، وبالتالي فإن الحكم التحكيمي الذي يحسم النزاع باطل لأنه يستند إلى عقد تحكيمي باطل، وذلك أن شركة S.P.P أبرمت عقداً مع الهيئة العامة المصرية للسياحة والفنادق ( EGOTH ) من أجل بناء مركزين سياحيين، أحدهما في الأهرامات، وصدّق وزير السياحة على العقد بتوقيعه مع كلمات " للموافقة والمصادقة والاعتماد " وتضمن العقد شرطاً تحكيمياً يحيل إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية، وأثار الموضوع إشكالية عند الحكومة المصرية رفضت على إثره المشروع، فارتدت شركة S.P.P على الحكومة المصرية بدعوى تحكيمية تطالبها بالعطل والضرر لإخلالها بالتزاماتها العقدية، وطرح موضوع العقد التحكيمي هل هو صحيح أم باطل؟ واعتبر المحكمون أنفسهم مختصين بنظر النزاع، وانحصر موضوع النزاع في معنى توقيع الوزير على العقد، وأدلت الحكومة المصرية أن توقيع الوزير هو عمل شكلي إداري بموجبه تخول سلطة الوصاية ( أي الوزارة ) هيئة السياحة والفنادق المصرية ( EGOTH ) التعاقد، وردّت شركة S.P.P أنها طلبت توقيع الوزير على العقد لإثبات التزام الدولة المصرية به،وكان مكان التحكيم باريس، وصدر الحكم التحكيمي في باريس بتعويض لصالح شركة S.P.P بلغ ( اثني عشر مليوناً وخمسمائة ألف دولار )، وتقدمت الحكومة المصرية بطلب إبطال الحكم التحكيمي، وأبطلت المحكمة القضائية الفرنسية الحكم التحكيمي على أساس أن المحكمين نظروا بالدعوى دون أن يكون هناك عقد تحكيمي، كما وأبطلت قرار المحكمين باعتبار أنفسهم مختصين للنظر بالنزاع الذي بني على أن هناك عقد تحكيمي صحيح، وهكذا أبطل الحكم التحكيمي برمته. قرار محكمة استئناف باريس بتاريخ ١٢ / ٧ / ١٩٨٤، أنظر: الأحدب، عبد الحميد، إجراءات التحكيم، ص: ٥٢٣ – ٥٢٤.

[2] والتمييز بين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً وبين العقد القابل للبطلان لم تكتمل صورته في القانون كما الصورة التي نص عليها فقهاء الحنفية بالنسبة للتمييز بين العقد الباطل والعقد الفاسد حيث أن نظرية البطلان والفساد عند فقهاء الحنفية وسعت مدلول النظر لأحكام العقود بحيث قدمت الحلول الممكنة لجميع الحالات التي تطرأ على العقود. د. محمد فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي، ص: ٥٦٦، وقد فصلت في شروط عقد التحكيم ومقوماته في الفصل الثاني ما يغني عن إعادة الأمثلة والتطبيقات، انظر ما سبق: حيدر، علي، شرح مجلة الأحكام العدلية، المواد: ١٦٧– ١٨٠، السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، ج/ ١، ص:٥٣٨ – ٥٣٩، والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٥٧٦ – ٥٧٧.

إلى ناحية دون أخرى من محله، أو أن الاعتبار الشرعي قد توافرت شروطه في جزء دون آخر من المحل، فلا مانع عندئذ من تجزؤ الاعتبار[١].

**ثالثاً: سقوط اتفاق التحكيم بانتهاء مدته**

فإذا صدر حكم التحكيم بعد انتهاء المدة المحددة اتفاقاً أو قانوناً لصدوره، فإنه يكون قد صدر بعد انتهاء ولاية المحكم بالنزاع [٢]، وبالتالي يجوز لأي من الطرفين – وعادة يكون الطرف الذي صدر ضده الحكم – رفع دعوى البطلان، حيث يستمد المحكم ولايته من ذلك الاتفاق الذي حدد مدة هذه الولاية أو ترك تحديدها للقانون، ويدخل في هذه الحالة أيضاً تجاوز إجراءات التحكيم للمدة التي اتفق الطرفان على وجوب صدور المدة خلالها، أو التي يحددها النظام الإجرائي الذي اتفق الطرفان على تطبيقه، لأن هذه المدة تعتبر أحد عناصر الاتفاق، فالأطراف يعبرون عن إرادتهم بأن تتم خصومة التحكيم خلال هذ المدة[٣]، ويشترط لقبول دعوى بطلان حكم التحكيم لهذا السبب أن لا يكون المدعي قد نزل عن مهلة التحكيم الاتفاقية أو القانونية صراحة أو ضمناً،

---

[1] وقد نص الحنفية على أن **الأصل اقتصار الفساد على القدر المُفسد**، وأمثلتها في أبوب الفقه كثيرة، ففي عقد السلم لو أسلم ديناً وعيناً وافترق المتعاقدان، جاز في حصة العين وبطل في حصة الدين لأن المُفسد عدم القبض وأنه يخص الدين فيفسد السلم بقدره، وكذلك إذا جمع شخص بين ماله ومال موقوف فباعهما صفقة واحدة صح البيع في ماله بحصته من الثمن، وبطل في الموقوف. الكاساني، بدائع الصنائع، ج/ ٥،ص: ٢٠٤، الزرقا، مصطفى، المدخل الفقهي العام، ج /٢، ص: ٧١١.

[2] نصت المادة ( ١٨٤٦ ) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: " إذا تقيد التحكيم بوقت فيزول بمروره مثلا الحكم المنصوب على أن يحكم من اليوم الفلاني إلى شهر ليس له أن يحكم إلا في مدة ذلك الشهر لا أن يحكم بعد انقضائه وإذا حكم بعد الانقضاء فلا ينفذ حكمه ".ج/ ٤، ص: ٦٣٤.

[3] واعتبرت المعايير الشرعية أن المحكم يعتبر معزولاً بمجرد تجاوزه لحدود مدة الاتفاق، إلا إذا اتفق الأطراف على تمديد الأجل كما نصت على ذلك المادة: (٩ / ٦ ).

أثناء إجراءات التحكيم، فلم يدفع أمام المحكم قبل صدور الحكم بانتهاء ولايته بانقضاء تلك المهلة[1]، ويستفاد هذا النزول الصريح أو الضمني من قيام رافع دعوى البطلان بإرسال مذكرة بدفاعه أو مستنداته إلى المحكم بغير تحفظ بعد انتهاء مهلة التحكيم وقبل صدور حكم التحكيم، وذلك طالما كشفت هذه الأحوال بغير لبس أو غموض عن إرادة النزول، كما يستفاد هذا النزول من قبول حكم التحكيم بعد صدوره بعد انقضاء مهلة التحكيم[2].

**الفرع الثاني: حالات البطلان المتعلقة بموضوع النزاع وإجراءات الخصومة**

يجب على المحكم عند بدء نظره في الخصومة التحكيمية مراعاة كل ما يتعلق بتنظيم هذه الخصومة بما لا يحيد عن قواعد العدالة، ولا يتعدى حقوق الخصوم في إجراءات الإثبات والدفاع، وإلا كان من حق الخصم المتضرر المطالبة ببطلان الحكم، وتتمثل المخالفات المحتملة بعد استبعاد أمر صحة الاتفاق أو عدمه بالحالات التالية:

**أولاً: استبعاد تطبيق القانون المتفق على إعماله في موضوع النزاع**

تبين من مسألة القانون الواجب تطبيقه في أمور النزاع أن المحكم يجب أن يلتزم بالقانون الذي يتفق الخصوم على إعماله في التحكيم بشرط أن لا يكون فيه ما يعارض أحكام الشريعة الإسلامية، فعندئذ يجب على المحكم عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية وإلا كان الحكم باطلاً

---

[1] ففي القضية التي تمثلت بعقد تشييد طرق في نيجيريا، تم إرساء المزايدة على إقامته مع مقاول أعمال عامة إيطالي يمارس نشاطه في نيجيريا، ولقد تنازل المقاول إلى شركة إيطالية هي شركة Cosiac والخاضعة لمجموعة شركات Di Pinta من أربعين بالمائة من رأسمال الشركة النيجيرية صاحب الحق في إقامة المشروع، وإزاء المشاكل الناجمة عن التمويل المالي للمشروع، أنذرت الحكومة النيجيرية المتعاقد معها بسحب المشروع، مما أدى إلى نشأة نزاع بين المقاول وشركات Cosiac و Di Pinta ووفقاً لاتفاق الأطراف بدأت إجراءات التحكيم، إلى أن أصدر المحكم المفوض بالصلح عام ١٩٨٤ حكماً قرر فيه الدفع بعدم الاختصاص الذي تمسكت به شركة Cosiac والمؤسس على وجود صلح تم بين الأطراف،وتقدمت شركة Cosiac بدعوى أمام محكمة استئناف باريس بدعوى طعن في الحكم مفاده أن فصل المحكم في المنازعة المعروضة أمامه مستنداً إلى اتفاق تحكيم انقضى بسبب إبرام الصلح بين الأطراف، ورفضت محكمة باريس الطعن بالبطلان على حكم التحكيم، حيث أن الشركة المدعية على الرغم من ادعائهما أن هناك صلحاً قد تم بين الأطراف، إلا أنها لم تتثبت من هذا الادعاء، فمجرد تبادل الخطابات لا يمكن أن يعدا بمثابة صلح، ولا بمثابة تجديد، إذ أن مثل هذه الأمور تتطلب تعبيراً واضحاً لا يحتمل أدنى غموض أو لبس عن إرادة الأطراف في إنهاء العقود المبرمة سابقاً، وهو ما لم يكن متحققاً في واقع الحال، والزعم بالقول بأن اتفاق التحكيم قد انقضى لمجرد انعقاد صلح بين أطرافه دون إثبات ذلك زعم لا يمكن قبوله، ولقد قضت محكمة استئناف باريس عام ١٩٨٦ في القضية بأن شرط التحكيم يتمتع باستقلالية، وحيث أن الصلح أو التجديد الوارد على العقد المتضمن لشرط التحكيم ليس من شأنه أن يحرم مثل هذا الشرط من فعاليته، ومن ثمة فإن الطعن على حكم التحكيم بموجب تبادل للخطابات فيما بينهم والذي يؤدي بأثره الاستبدالي إلى اعتبار أن شرط التحكيم باطل لا أثر له. أنظر: حداد، حفيظة السيد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم، ص: ١٥٨ – ١٥٩.

[2] والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٥٧٨، المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، ص: ٤٩١.

[1]، ولم ينص القانون النموذجي على حالة البطلان لاستبعاد القانون الواجب التطبيق، ويبدو أن السبب يكمن في ضبط مفهوم استبعاد القانون المتفق عليه، ذلك أن المحكم غير مقيد بمواد قانونية محددة، فقد يصوغ الحكم مستنداً إلى مواد قانونية معينة يعتبرها مباديء للعدل والإنصاف، فهو بذلك لا يكون قد خرج عن مهمته، خصوصاً إذا لم يكن هناك اتفاق مسبق على القانون الحاكم، بخلاف مالو استبعد القانون الذي اتفق الأطراف على اعتماده وبشكل صريح، أو تعمد عدم تطبيقه، أو أنه أصدر حكمه على أساس مراعاة العدالة والإنصاف فإنه بذلك يكون قد خالف القانون المطبق ويكون حكمه معرضاً للإبطال [2].

**ثانياً: تجاوز المحكمين لحدود المسائل التي يشملها اتفاق التحكيم**

وفي هذه الحالة نحن أمام فرضين:

**الأول: تجاوز المهمة الواردة في العقد التحكيمي**

يستمد المحكمون ولايتهم الشرعية من الخصوم الذين حكموهم للفصل في نزاع معين، وبالتالي كان لازماً على هيئة التحكيم التقيد بالموضوعات التي يشملها نزاع التحكيم، دون أن يتعدى تصرفهم في الفصل في نزاع لم يشمله الاتفاق،لأن القضايا الخارجة عن موضوع النزاع لا تدخل في صلاحيات المحكم، ويعتبر تصرف المحكم في هذه الحالة تصرفاً فضولياً تنطبق عليه أحكام تصرف الفضولي، فإذا لم يحرك الأطراف دعوى بالطعن لقرار هيئة التحكيم رغم تجاوزها حدود المسائل التي تضمنها الاتفاق كان ذلك موافقة وإجازة منهم لحكم المحكم، والإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة [3].

وتجري في حال تجاوز الهيئة مهمتهم إمكانية تجزؤ البطلان، فإذا كان من الممكن فصل القرارات المتعلقة بالمسائل المعروضة على التحكيم عن القرارات غير المعروضة على التحكيم، فلا يجوز أن يُلغى من قرار التحكيم سوى الجزء الذي يشتمل على القرارات المتعلقة بالمسائل غير المعروضة على التحكيم، فقد حكمت محكمة تحكيمية بتعويض عن العطل والضرر وأعطت المدعي أكثر مما طلب، وتجاوزت مطالب المدعي ذاته، فأبطلت محكمة الاستئناف هذا الحكم جزئياً بما أعاد الأمر إلى نصابه[4].

---

[1] المعايير الشرعية، التحكيم، المادة ( ٩ / ٤ )، وقد جاء في القرار الاستئنافي: إذا اتفق الأطراف على تطبيق القانون المصري أو اتفقوا على تطبيق الشريعة الإسلامية، فليس للمحكمين استبعاد القانون المصري في الفرض الأول، أو استبعاد الشريعة الإسلامية في الفرض الثاني تحت أي ادعاء، وإلا كان الحكم باطلاً. استئناف قاهرة، دائرة ٦٢ تجاري جلسة ٨/ ٥/ ٢٠٠٢ في الدعوى رقم ٨٥ لسنة ١١٨ ق.

[2] القانون النموذجي، اليونسترال، المادة ( ٣٥ / ١ –٢ –٣ ).

[3] حيدر، علي، مجلة الأحكام العدلية، ج /٤، ص: ٦٣٣، المعايير الشرعية، التحكيم، المادة ( ١١/ ٣ ).

[4] قرار استئناف محكمة باريس ٢٨ / ٥ / ١٩٨٨، أنظر: الأحدب، عبد الحميد،إجراءات التحكيم، ص: ٥٢٩.

**والفرض الثاني: إغفال الفصل في بعض الطلبات**

وفي هذه الحالة لا يحسم المحكمون بكل النقاط الواردة في اتفاق التحكيم، كأن يطلب المدعي تعويضاً عن الأضرار اللاحقة به، وتكون هذه الأضرار مكونة من إصلاح العطل اللاحق بالآلات والربح الفائت الناجم عن تعطيل المعمل بسبب توقف الآلات عن العمل، فيقرر المحكم للمدعي أضراراً عن إصلاح الآلات ويُغفل الحكم له أو البت بموضوع الربح الفائت، فيكون قد حكم بجزء من المطالب وأغفل جزءاً قد يكون أهم بكثير من الجزء الذي حكم به، ويكون هذا الإغفال ناجماً إما عن سوء تقدير من قبل المحكم لنطاق ومدى اختصاصه، أو أنه كان بسبب سهو من المحكم وعدم انتباه، أو أنه تعمّد إغفال جانب من جوانب النزاع [١].

ولكن كيف يتصرف صاحب المطلب الذي أُغفل طلبه ؟ خصوصاً وأن صدور الحكم من شأنه أن ينهي سلطة المحكم في النظر في الخصومة وانقضاء اختصاص النظر في النزاع، ثم إن القضاء ليس مختصاً للنظر في المطلب الذي أغفله الحكم التحكيمي لأنه مشمول بالعقد التحكيمي الذي ينزع اختصاص المحاكم القضائية النظر فيه ؟ وهنا لابد من الرجوع إلى القانون أو النظام الذي يطبق على التحكيم، فإذا كان هذا النظام أو هذا القانون يعطيان المحكم فرصة إصلاح العيب وفق إرادة الطرفين، فلا بأس إذن من الرجوع، "وإن الرجوع إلى الحق أولى من التمادي في الباطل"[٢]، وهو ما أقرته المعايير الشرعية عند إصدرا قرار التحكيم إذ ينبغي أن يتضمن قرار التحكيم النهائي الفصل في جميع نقاط النزاع، وتحديد حقوق الأطراف على أساس العدل، فإذا اقتصر المحكم على معالجة بعض جوانب النزاع فإن التحكيم لا يكون تاماً لعدم إغناءه طرفي النزاع عن الرجوع إلى للقضاء، ولهم مطالبة المحكم باستكمال القرار بقرار تحكيم إضافي للفصل في النقاط التي لم يعالجها القرار الأصلي[٣]، وبالتالي لا حاجة إلى إعادة المحكمة التحكيمية، وكذلك فعل القانون النموذجي حيث أجاز لأي من الطرفين وبشرط إخطار الطرف الثاني، أن يطلب من هيئة التحكيم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلمّه قرار التحكيم، إصدار قرار تحكيم إضافي في المطالبات التي قُدّمت خلال إجراءات التحكيم ولكن قرار التحكيم أغفلها، وإذا

---

[1] حداد، حفيظة السيد،الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم، ص: ١٨٨ – ١٨٩، الأحدب، عبد الحميد،إجراءات التحكيم، ص: ٥٢٩ – ٥٣٠.

[2] وهذه مقولة من رسالة عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري في القضاء، حيث يقول:".. ولا يمنعك قضاء قضيته بالأمس ثم راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق، ومراجعته خير من الباطل والتمادي فيه.." أ.هـ. التسلوي،أبو الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، ج / ١، ص: ٥٦.

[3] المعايير الشرعية، التحكيم، المادة ( ١١ / ٢ ).

رأت هيئة التحكيم أن لهذا الطلب ما يبرره، وجب عليها أن تصدر ذلك القرار الإضافي خلال ستين يوماً [١].

أما إذا كان النظام المتبع أو القانون لا يتطرقان إلى الموضوع، فإن المدعي سيكون مضطراً والحالة هذه أن يباشر تقديم دعوى تحكيمية جديدة، وبإمكانه أيضاً أن يرتد على المحكم بالمسؤولية ليطالبه بتعويض نفقات التحكيم الجديد [٢].

**ثالثاً: الإخلال بتشكيل هيئة المحكمين أو تعيين المحكم**

فإذا تم تشكيل هيئة التحكيم على نحو مخالف لاتفاق الطرفين أو لقانون تحكيم المؤسسة التحكيمية – في حال عدم وجود اتفاق من الأطراف على كيفية اختيار المحكمين، كان الحكم عرضة للإبطال أو الإلغاء[٣]، فإذا كان القانون يشترط أن يكون عدد المحكمين وتراً، وتم تشكيل الهيئة من اثنين أو أربعة محكمين مثلاً [٤]، أو إذا اتفق الطرفان على أن يكون المحكمون خمسة فتم تشكيلها من ثلاثة فقط، أو إذا اتفق الأطراف أن يكون المحكم من جنسية معينة أو خبرة فنية معينة ولم يكن قد توافر فيه ما اتفق عليه، أو إذا اتفق الطرفان على أن تقوم جهة معينة باختيار المحكم فتم تعيينه من جهة أخرى، وعليه فإن تشكيل هيئة التحكيم بما يجب أن يراعي إرادة الأطراف في الاختيار أو الالتزام بشروط تشكيل الهيئة التي تعلنها المؤسسة التحكيمية أو ينص عليها القانون تكون عرضة للإبطال حال مخالفة أي مما تقدم [٥].

---

1 القانون النموذجي، اليونسترال، المادة ( ٣٩ / ٢ ).

2 الأحدب، عبد الحميد،إجراءات التحكيم، ص: ٥٣٠.

3 وعليه فإن تراضي الأطراف لقانون معين في تشكيل هيئة التحكيم، يوجب الالتزام به من قبلهم، فلا يصح الاعتراض بعد ذلك على أمر يتعلق بتشكيل الهيئة مادام أن الأطراف تراضوا على الخضوع لأحكام هذا القانون، ففي قضية بين شركة فنادق إنتركونتننتال وشركة إستنبول توريسم طبق على النزاع بينهم نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية وصدر الحكم موقعاً من رئيس المحكمة التحكيمية فيما امتنع المحكمان عن توقيعه، فقدم الطرف طلب الإبطال واستند إلى مخالفة في تشكيل الهيئة التحكيمية لأن أكثرية المحكمين امتنعت عن توقيع الحكم، ولكن محكمة استئناف باريس ردت طلب الإبطال مستندة إلى المادة ١٩ من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية الذي ينص على أنه إ ذا لم تتوفر الأكثرية يغتبر الحكم صحيحاً بتوقيع رئيس المحكمة عليه.قرار استئناف باريس ١٨ / ١١ / ١٩٨٣، تحكيم، انظر: الأحدب، عبد الحميد،إجراءات التحكيم، ص: ٥٢٧.

4 اعتبر الاجتهاد الفرنسي في حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية ٢١ / ١١ / ٢٠٠٢ أن تشكيل المحكمة التحكيمية من عدد مزدوج من المحكمين وليس من عدد وتر يعتبر مخالفة لقاعدة آمرة، وبالتالي ليس وارداً التنازل عن هذه المخالفة في تشكيل المحكمة التحكيمية.

5 المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، ص: ٤٩٦، المعايير الشرعية، التحكيم، المادة (٨ / ٦ ).

**رابعاً: الإخلال بمبدأ المواجهة أو بحق الدفاع**

وهي من الأصول العامة في التقاضي – كما مر في إجراءات المحاكمة – والتي شددت الشريعة الإسلامية على وجوب التزام القاضي أو الحاكم بها، وتوعدت الظالمين بأشد تنكيل، يقول تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَى بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَى أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلْوُوا أَوْ تُعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا} [النساء: ١٣٥]، وفي الآية نص صريح على وجوب حل المنازعات بعيداً عن الظلم أو الهوى، والتحذير من غضب الله تعالى على من أعرض، والحاصل أن من يقضي بين الخصوم ممنوع من كل تصرف يؤدي إلى خرق ذلك المبدأ أو خدشه، وقد احتاط الفقهاء لذلك، فسدّوا جميع ما يمكن أن يؤدي إلى خرقه من الذرائع، كما أنهم اهتموا بمبدأ حرية الخصوم في الدفاع فعدوا من الوجوب إتاحة الفرصة لكل من طرفي الدعوى لتقديم كل ما عنده من حجج وغيرها مع إعطاءه الوقت الكافي لذلك، وفق الواقع الموجود أمامه[١].

فإذا وقع الإخلال في مبدأ المساواة بين الخصوم أو الإخلال بمبدأ المواجهة أو حرمان أحد الأطراف من عرض قضيته، أو وقع الإخلال في تنظيم المرافعات الشفوية وتبادل البيانات، أو لم يتم تبليغ الأطراف بمهمة خبير منتدب وكان الحكم يستند على رأيه، أو أن الهيئة لم تمكن الطرف من الإدلاء بدفعه في مقابل اتهام الخصم، أو إثبات ما يدعيه، أو لم تتخذ الإجراءات اللازمة في مواجهة الطرفين، أو أنه خالف الإجراءات المتفق بشأنها في تنظيم الخصومة، فيحق للطرف أن يطعن ببطلان الحكم لأي من تلك الأسباب [٢].

**الفرع الثالث: حالات البطلان المتعلقة بصدور الحكم المنهي للخصومة**

عرفنا سابقاً أن الحكم أو القرار التحكيمي يعد المؤثر المباشر على نتيجة الخصومة، لأنه يؤدي إلى خروج كل من طرفي الخصومة بمراكز جديدة تختلف عن تلك التي كانوا عليها قبل صدور الحكم،إما زيادة، وإما نقصاً، أو تقوية لأوضاع سابقة، وهو – أي الحكم – محصلة تطبيق القواعد القانونية والأحكام الشرعية على الوقائع التي يدعيها الخصوم، وتكشف عنها البينات [٣]، فيكون مؤهلاً لاكتساب الحجية قابلاً لتلقي الأمر بالتنفيذ، وقد تبين سابقاً تفصيل تلك القواعد التي يجب على هيئة التحكيم مراعاتها لإصدار الحكم النهائي بما يضمن الوصول إلى

---

[1] ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى، ص: ٤٣٢، ٤٣٥، ٤٥٥.

[2] والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٥٩١ – ٥٩٢.

[3] ياسين، محمد نعيم، حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ص: ٩ – ١٠.

حكم قائم على أساس الحق والعدل، ولذا فإن طروء أي عيب في إصدار الحكم من شأنه أن يبطله، وفي هذا المقام نحن أمام افتراضين: أن يكون العيب قد وقع في ذات الحكم، أو أن يكون قد وقع في إجراءات أثرت في هذا الحكم، كما يلي:

**أولاً: بطلان الحكم لسبب في ذاته**

تتنوع القواعد والأحكام اللازمة لإصدار الحكم، فمنها ما تكون مبنية على مدى تعلق هذه الأحكام بمصلحة الأطراف في الدعوى بشكل مباشر، أو تكون قواعد وأحكام وضعت من أجل تسهيل عمل المحكم أو هيئة التحكيم، أو لأسباب عملية محضة لتسهيل تنفيذ حكم التحكيم عند صدوره [1].

وتأسيساً لذلك يبطل حكم التحكيم لعيب ذاتي إذا جاء خالياً من أحد البيانات الجوهرية اللازمة، كطلبات الخصوم، وادعاءاتهم المتبادلة، ودفاعهم، وملخص اتفاق التحكيم الذي حدد موضوع النزاع، وأسماء المحكمين الذين أصدروا الحكم، وتوقيعاتهم وتاريخ صدور الحكم، وأسبابه التي بني عليها منطوقه[2]، أو القصور في التسبيب أو تناقض الأسباب، بأن لا تكون الأسباب كافية لحمل منطوق الحكم أو لا تتوافر صفة منطقية بينها وبين منطوق الحكم، أو تناقض منطوق الحكم بعضه مع بعض[3]، أو استناد الحكم على وقائع لا يوجد لها أصل ثابت في الأوراق أو المستندات[4].

**ثانياً: بطلان الإجراءات المؤثرة في الحكم**

يفترض هذا البطلان أن حكم التحكيم صحيح في ذاته، لاستكماله أوضاعه الشكلية والفنية، إلا أن البطلان الذي يلحقه يرجع إلى عيب في الإجراءات التي بُني عليها وتؤثر – لا محالة –

---

[1] حداد، حفيظة السيد،الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم، ص: ٢٠٢.

[2] يجب أن نفرق بين حالة بناء الحكم على الأسباب الموصلة إليه وبين وجوب ذكر هذه الأسباب في قرار الحكم، فلا يقول أحد بحكم مبني على غير سبب، أما أن يذكر السبب في قرار الحكم فهذا يرجع إلى نص القانون أو المؤسسة، وقد بينت المعايير الشرعية هذا الفرق، حيث نصت في المادة ١١ / ٩ على أن قرار التحكيم يشتمل:....وأسباب القرار إلا إذا تضمن مستند التحكيم الإعفاء من بيانها ولم يوجد اشتراط قانوني. وعليه فإن الإعفاء من بيانها لا يعني الإعفاء من وجودها، وانظر أيضاً ما قررته المادة ( ٣٤ / ٣ ) من القانون النموذجي، اليونسترال.

[3] **المقصود بتناقض المنطوق:** تناقض شق من الحكم مع شق آخر منه، ويجب لقبول التمسك بتناقض الحكم أن تكون دعوى البطلان قد تناولت شقين، وأن يكون مدعي البطلان له صفة في تعييب الشقين، أما إذا كان منطوق الحكم غير متناقض ولكنه غامض، فإن هذا الغموض لا يصلح سبباً لإبطال الحكم، ويكون السبيل لإزالة هذا الغموض هو تقديم طلب تفسير إلى هيئة التحكيم لإزالته. نقض ١٦ / ١ / ١٩٧١ في الطعن ٢٧٥ لسنة ٣٦ ق، استئناف قاهرة – دائرة ٦٣ تجاري ٢٠/ ٢ / ٢٠٠٢، في الدعوى رقم ٨٦ لسنة ١١٨ ق، أنظر: والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٥٩٨.

[4] أنظر: المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، ص: ٤٩٩ – ٥٠٠، سامي، فوزي، التحكيم التجاري الدولي، ص: ٤١٤.

في صحته، ويمكن تفسيره على أنه إغفال من المحكم للمهمة المنوط به القيام بها ومن أمثلتها: الاستمرار في نظر القضية برغم حصول عارض يوجب وقف الخصومة إلى حين زوال العارض، أو استمرار المحكم في النظر في القضية رغم الحكم بردّه، أوقبول المحكم لمستندات أو دفاع أحد الخصوم بعد قفل بعد قفل باب المرافعة دون علم باقي الخصوم أو تمكينهم من الدفاع المقابل وإصدار الحكم على أساس ذلك دون إعادة الدعوى للمرافعة[١]، إلا أنه يشترط في هذه الحالة لصحة دعوى البطلان أن يكون الطرف قد اعترض على الإجراء فعلاً، أما إذا استمر في إجراءات التحكيم بعد علمه بوقوع المخالفة لشرط في اتفاق التحكيم أو لحكم من أحكام القانون مما يجوز الاتفاق على مخالفته ولم يقدم اعتراضاً على هذه المخالفة في الميعاد المتفق عليه أو في وقت معقول عند عدم الاتفاق اعتبر ذلك نزولاً منه عن حقه في الاعتراض، مالم يكن البطلان لسبب يتعلق بمخالفته للنظام العام [٢]، وفي غير هذه الحالة فإننا نلاحظ أن التشريعات والقوانين اتجهت إلى تضييق نطاق البطلان، اعتماداً على أثر تحقق الضرر أو أن المخالفة كانت مؤثرة بشكل مباشر في الحكم، سداً لذريعة إبطال الأحكام من الطرف المحكوم عليه، وبالتالي المحافظة على ثبات أحكام التحكيم، لأننا لو فتحنا مجال الإبطال كما هو الأمر المعمول به في أصول المحاكمات لكان أمد التحكيم طويلاً جداً ولما حقق غايته في سرعة الفصل في النزاع، ولذا فإن التشريعات التي تسمح بتصويب الأخطاء وإعادة الوضع إلى نطاق الاتفاق أو إلى تقديم تفسير حول غموض مسألة معينة، أو مبادرة محكمة التحكيم بتصحيح الخطأ من تلقاء نفسها، تكون قد اعتمدت مبدأ فصل المنازعة بتقليل طرق إبطال الحكم مع أخذها بعين الاعتبار تحري جانب الحق وإنصاف الخصوم بالعودة عن مثل هذه الأخطاء.

**ثالثاً: مخالفة الحكم للنظام العام[٣].**

لما كان النظام العام ضابطاً أساسيا ينظم روابط الأفراد بالهيئات العامة، وروابط الهيئات العامة ببعضها البعض، وهذا التنظيم يُنظر فيه إلى المصلحة العامة، فلا يجوز بأي حال أن يصدر حكم من الهيئة يتعارض مع هذه المصلحة تحقيقاً لمصالحهم الفردية، ولذا فإن مخالفة النظام العام تعيب الحكم وتستدعي بطلان الحكم إما بطلب من الطرف أو بأن تقوم المحكمة بنفسها بإبطال الحكم المخالف إن وجدت أنه قد توفرت أسبابه، ولا يتعلق ذلك برضا الخصوم – كما مر في المسائل التي لا تعد مخالفتها للنظام القانوني سبباً في بطلانها مادامت في حلقة

---

[1] عبد الفتاح، عزمي، قانون التحكيم الكويتي، ص: ٣٦٥ – ٣٦٧.

[2] أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ص: ٣٣٣، حداد، حمزة، التحكيم في القوانين العربية، ص: ٤٢٤.

[3] نظمت الشريعة الإسلامية أحكام النظام العام كما سبق بيانه في الفصل الثاني عند حديثنا عن أركان وشـروط عقد التحكيم بما يغني عن إعادة تفاصيل المسألة في هذه الورقات.

التراضي بين الأطراف، لأن مخالفة النظام العام لا تتعلق بالرضا، فالمحكمة تستطيع من تلقاء نفسها أن تحكم بمخالفة الحكم للنظام العام [1]، ولست مع الرأي الذي يفرق بين أحكام النظام العام المحلي والدولي، فلسنا بذلك نخدم عملية التحكيم بقدر ما أننا سنزيد الهوة بين وجود عدة أنظمة متضاربة ونوسع فيها دائرة تنازع القوانين بما لا يخدم العملية التحكيمية.

**المطلب الثالث: طرق الطعن في حكم التحكيم**

يشكل التفاوت الموجود في القوانين الوطنية فيما يتعلق بأنواع الطعن وسبله صعوبة كبيرة في المواءمة بينها وبين تشريعات التحكيم الدولي، ولهذا كانت التوجهات الحديثة كالقانون النموذجي واتفاقية نيويورك، وكذلك تلك التعديلات التي أدخلت على قوانين التحكيم لبعض الدول تهدف إلى تحسين التعامل مع هذه الحالات ضمن توفير أسس محددة يمكن أن يُستند إليها ويحدد فيها فترات زمنية واضحة يمكن من خلالها الطعن في قرار التحكيم [2]، ويعتبر القانون النموذجي في تعديلاته الأخيرة لسنة ٢٠١٠ أن السبيل الوحيد للطعن هو التقدم بطلب إلغاء عند عدم التنازل، فإذا اراد الأطراف استبعاد إمكانية الطعن في قرار التحكيم التي قد تكون متاحة بمقتضى القانون المطبق، جاز لهم أن ينظروا في إضافة حكم بهذا المعنى، على أن فعالية هذا الاستبعاد وشروطه تتوقف على القانون المنطبق [3]، ومثل بقية التشريعات التي تنص عليها القوانين الحديثة والاتفاقيات التحكيمية الدولية التي تعد في منظور الشريعة الإسلامية إجراءات تنظيمية تقتضيها أحكام السياسة الشرعية لا يعيبها شيء مادامت لا تخالف في إجراءاتها النصوص الأصلية من الكتاب والسنة [4]، على أنه **يشترط لطلب إلغاء الحكم أو إبطاله ما يلي:**

**أولاً:** أن يكون طالب إبطال الحكم التحكيمي قد أثار سبب الإبطال سابقاً أمام المحكمة التحكيمية قبل إثارته أمام المحكمة القضائية كسبب للبطلان، فإذا لم يكن قد تمسك بعيب البطلان أثناء

---

[1] المعايير الشرعية، التحكيم، المادة ( ١١ / ١٢ ).

[2] المذكرة الإيضاحية للقانون النموذجي، اليونسترال، لسنة ٢٠٠٦ الفقرة: ٤٤.

[3] ملحق ( بيان تنازل محتمل ) لقانون التحكيم النموذجي ( اليونسترال ) لسنة ٢٠١٠.

[4] وأكدت المعايير الشرعية هذا الأمر، فقد نصت المادة ( ١٣ /٢ ) على أنه يجوز الرجوع إلى المحاكم التي لا تلتزم بالشريعة الإسلامية لإعطاء الصفة التنفيذية لقرار التحكيم. ويفهم من المادة السابقة أن اللجوء إلى المحكمة الوطنية أو الدولية لطلب تنفيذ حكم التحكيم جائز لا حرج فيه، ويقاس عليه حكم الإلغاء ايضا لأنــه يعــد وقفــاً للتنفيذ بالنسبة للطرف المتضرر.

الخصومة واستمر في الإجراءات مع علمه بتجاوز المدة المقررة فإنه بذلك يكون قد تنازل عن حقه في الاعتراض [١]، ويصبح التظلم الذي يرفعه بعد ذلك غير مقبول أمام المحكمة القضائية، وعلة ذلك الإجراء الكشف عن سوء نية هذا الطرف الذي على الرغم من علمه بوقوع المخالفة استمر في إجراءات التحكيم، ثم قام بعد ذلك بالطعن بالبطلان من أجل تعطيل تنفيذ الحكم الصادر ضده [٢].

ويقرر الفقه المالكي في هذه المرحلة بالذات – تحسباً من إبطال الحكم – وجوب **إعذار الخصمين قبل إصدار قرار الحكم النهائي**، وأرى أن فقه الإمام مالك في مسألة الإعذار فقه مقاصدي، يدرك أن الوصول إلى الحق يمكن أن تستثار فيه جميع الوسائل الممكنة لتحقيق هدفه، **والمقصود بالإعذار عند المالكية:** أن يتوجه القاضي أو الحاكم بسؤال من قامت عليه البينة هل عنده ما يطعن به بينة الخصم أو ما يُسقط به حجة خصمه ؟ فإن لم يأت بمطعن في البينة نفذ ما شهدت به وإلا أنظره لإثبات ما يدعيه مدة شهر وعمل بمقتضاه، وإلا أنفذ عليه الحكم، والإعذار واجب فإن حكم بغيره نقض الحكم، ولكن هل يقبل الطعن بعد الحكم بالاستئناف، ورد قول عند المالكية بجواز ذلك، فإن أبدى الحكوم عليه طعناً بالاستئناف نقض الحكم وإلا فالحكم لازم قاله الزرقاني والجزيري في وثائقه[٣]، وفي مدة الإمهال قال في التحفة:

وحـــل عقـــد شهـــر تأجيل * فيه وذا عنـــدهـــم المقبـــول

وحلّ العقد ؛ أي إسقاط البينة، ويكون: إما بإثبات مخرج منها، أو بتناقض فيها، أو استحالة، أو بتكذيب المشهود له إياها، أو بتجريح شهودها، وإما بمعارضة البينة [٤].

وقد وافق القانون النموذجي فقه المالكية في مسألة الإعذار لغاية اختتام جلسة الاستماع، حيث نصت المادة ( ١/٣١ ) منه على: "أنه يجوز لهيئة التحكيم أن تستفسر من الأطراف عما إذا

---

[1] ففي قضية الشيخ محفوظ سالم بن محفوظ ضد شركة الطيّار، رفضت محكمة الاستئناف دعوى الطعن بالبطلان المقامة من قل الشيخ محفوظ ضد حكم التحكيم الصادر في ٢٢ يونيه ١٩٩٢، والمبنية على المعرفة السابقة من قبل الأستاذ الطيّار، للمحكم الوحيد الذي أصدر حكم التحكيم بإدانة الشيخ محفوظ، حيث أقر المحكم في إعلانه بالحياد تجاه طرفي التحكيم وعدم انحيازه لهما، بأنه قام بمقابلة السيد الطيّار منذ عام مضى في أثناء اجتماع مهني، ولا صلة له بأي وجه من وجوه المنازعة، ولما كان الشيخ محفوظ لم يقم باتخاذ إجراءات ردّ المحكم على إثر هذا الإقرار من قبله، بل قام بالمشاركة بإجراءات التحكيم، فإنه يعد بهذه المثابة متنازلاً عن التمسك بهذا السبب من أسباب رد المحكم ولا يمكنه أن يتمسك أمام المحكمة بعدم حياد المحكم وانحيازه بالاستناد إلى سبب كان على علم تام به وقت تعيين هذا الأخير. استئناف باريس ١٤ / ٥ / ١٩٩٤، أنظر: حداد، حفيظة السيد،الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم، ص: ٢٤٣.

[2] والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٦٢٠ – ٦٢١، الأحدب، عبد الحميد،إجراءات التحكيم، ص: ٥١٦ – ٥١٧.

[3] الخرشي، شرح مختصر خليل، ج/ ٧، ص: ١٥٨، ابن فرحون، التبصرة، ج /١، ص: ١٣٢، شرح ميارة الفاسي، ج/ ١، ص: ٤٠، جعيط، محمد، الطريقة المرضية، ص: ٧٣ – ٧٤.

[4] جعيط، محمد، الطريقة المرضية، ص: ٦٣ – ٦٤.

كانت لديهم أدلةٌ أخرى لتقديمها أو شهودٌ آخرون لسماعهم، أو أقوال أخرى للإدلاء بها، فإذا لم يكن لديهم شيءٌ من ذلك، جاز لهيئة التحكيم أن تعلن اختتام جلسات الاستماع".

وفي ذلك مراعاة لحق الخصم وتماشياً مع اعتبار الوصول إلى قرار التحكيم بأقل أخطاء ممكنة، ولذا قررت ( الفقرة الثانية من المادة السابقة ): "أنه يجوز لهيئة التحكيم أن تقرر بمبادرة منها أو بناءً على طلب أحد الأطراف، إعادة فتح جلسات الاستماع، في أي وقت قبل صدور قرار التحكيم، إذا رأت ضرورةً لذلك بسبب وجود ظروف استثنائية ".

**ثانياً:** مراعاة المهلة أو المدة المسموح للطرف تقديم الإبطال فيها، فإذا انقضت هذ المدة فإن الطرف يعتبر متنازلاً عن حقه في الطعن، وتختلف المهل المسموحة في القوانين الوطنية والدولية التي يعتبر بعدها طلب الطعن غير مسموع من المحكاكم القضائية، ومراعاة تلك المدد مهمة، لأنه بإغفالها يكون قد فوّت على نفسه فرصة الطعن بالبطلان، وعند المالكية لا تسمع دعوى البطلان بعد مضي الثلاثين يوماً التي تضرب كأجل للطعن – وهي ذات المدة المتعارف عليها في القوانين المحلية والدولية – لأنه بذلك يثبت عجزه عن أي مدافعة فلا يعد تظلمه مقبولاً [١]، كما أن طالب الحق هدفه أن يصل إلى حقه بأسرع وقت ممكن، فإن أبطأ عن السعي إلى الاعتراض عن أي مخالفة أو طعن أو دفع فإنه يكون مقصراً، ويعد تصرفه والحالة هذه تنازلاً عن حقه في تقديم أي اعتراض، إلا إن كان له ما يبرر تأخيره [٢].

**ثالثاً:** أن يقدم طلب الإبطال إلى المحكمة المختصة، سواء كانت المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، أو محكمة الاستئناف – كما تفعله بعض الدول كالأردن ومصر، وتختلف الإجراءات المتبعة بطلب البطلان في كل دولة، فمن الدول من يكون إبطال حكم التحكيم لديه بدعوى مستقلة، ومنهم من يجعل طلب البطلان في صيغة دفع بعد تقديم ( إيداع ) الحكم للمحكمة المختصة[٣].

---

[1] الخرشي، شرح مختصر خليل، ج/ ٧، ص: ١٥٨، جعيط، محمد، الطريقة المرضية، ص: ٧٣.
[2] القانون النموذجي، ( اليونسترال )، المادة ( ٣٢ ).
[3] حداد، حمزة، التحكيم في القوانين العربية، ص: ٤٢٦.

ويترتب على رفع دعوى البطلان وقف حكم التحكيم وانتظار المحكوم له حتى ينتهي ميعاد رفع دعوى البطلان فإذا انتهى هذا الميعاد فإن له أي المحكوم له أن يتقدم بطلب التنفيذ، وكذلك الحال إذا رفعت دعوى البطلان خلال ميعاد التسعين يوما فإنه يمكن لطالب التنفيذ أن يتقدم فورا بطلب التنفيذ، فالعلة من إشتراط فوات الميعاد هي إعطاء الفرصة أولاً للمحكوم عليه أن يرفع دعوى البطلان، أما وقد رفعها فلم يعد هناك ما يحول دون التقدم بطلب التنفيذ[١].

[1] بندق، وائل أنور، بطلان حكم التحكيم، مقال منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونيــة والإقتــصادية بجامعــة الإسكندرية بمصر، حداد، حفيظة السيد،الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم، ص: ٢٦٤ –٢٦٥.

## المبحث الثالث: المعوّقات التي تواجه مهمة التحكيم والحلول العملية لمعالجتها:

أفصحت السنوات الحديثة عن وعيٍ وفهمٍ جديين تجاه التعامل مع التحكيم كأداةٍ هامة في فض النزاعات، شهد الواقع أثره بعد انعقاد عدة مؤتمرات عربية ودولية رسخت فيها نداءات متعددة وأفكار متطورة تفعيل هذه الأداة الهامة لمزاياها الواضحة على الصعيدين المحلي والدولي، خصوصاً أن مفرزات القرن الماضي والتي شابها التنافس غير الشريف في محاولة استغلال الطرف الأضعف كالدول النامية مثلاً أصبح خياراً غير مجدٍ بالنسبة لهذه الأخيرة، حيث تيقظت كثير من الدول لخطر الاستعمار المبطن من خلال السيطرة على مقومات الصناعة المالية والبنية التحتية لاقتصاديات الدولة، مما حدى بالكثير من هذه الدول إلى إعادة صياغة لقوانين الاستثمار المحلية، ووضع شروط يمكن اعتبارها مرضية بالنسبة لنظام تلك الدول، إلا أنه وبطبيعة الحال فإن التعاملات البشرية لا بد أن يظهر منها سلبيات ومعوقات ؛ منها ما يمكن بسهولة تجاوزه وتلافيه – خاصة إذا كان التعامل مع هيئة تحكيم تعي الأوضاع القانونية ولو بحد يمكن من خلاله تقليل الأخطاء التي قد تظهر من خلال الإجراءات أو الحكم، ومنها ما يمثل سلبيات عميقة قد تودي بالعملية التحكيمية بالفشل أو تنشيء علاقات معادية بين الدول أو المستثمرين، وعليه فإنه ومن الضرورة بمكان إيجاد الحلول الفعالة لمعالجة مثل هذه المعوقات منعاً من حصول حالة من الريبة والتخوف من اللجوء إلى التحكيم والذي يتعارض هذا الوضع مع الأهداف العامة التي أنشيء التحكيم لأجلها وأهمها استبقاء العلاقات الودية بين المستثمرين وسرعة الإنجاز في فصل النزاعات، كما سأبينه – بحول المولى – في المطالب التالية:

### المطلب الأول: المعوقات التي تواجه عملية التحكيم إجمالاً

لا شك أن التحكيم كوسيلة تقوم على فض المنازعات مهما بلغت جديتها في بلورة أسس وقواعد لخدمة الأطراف التي تلجأ إلى الاستفادة من خدماتها – ستعاني من عقبات قد تحول دون إتمام جدية تنفيذ ما يصدر عنها من قرارات، أو ما يترتب عليها من آثار، فمن ناحية أولى: هناك أسباب يمكن أن تؤخر الفصل في المنازعة المطروحة أمام هيئة المحكمين، ومن أمثلة ذلك: أن التحكيم قد ينعقد في مكان أو بلد بعيد عن أطراف النزاع،أو إذا كان التحكيم يتم في ظل قوانين وقواعد غير مألوفة لهم، ومن ناحية ثانية: قد يكون التحكيم مكلفاً للغاية، وهذه التكاليف قد تتضاعف بسبب ارتفاع أجور المحكمين والمحامين والمترجمين والخبراء، أضف إلى ذلك المصروفات الأخرى التي تلزم لإدارة العملية التحكيمية[1]، على أن وجود مثل هذه المساويء

---

[1] محمدين، جلال وفاء، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، ص: ٩ – ١٠.

ينبغي أن لا تقلل من أهمية التحكيم خاصة في مجال الاستثمارات الدولية، وسأقتصر على مشكلتين بارزتين تستدعي الوقوف عندهما في مواجهة عملية التحكيم، لما لهما من أثر بالغ على تقويض العلاقات الودية بين المستثمرين أو صعوبة إنهاء النزاعات بطريقة مرضية.

**الفرع الأول: تمسك الدولة بحصانتها[1] ضد قرار التحكيم**

تعمد بعض الدول إلى عرقلة إجراءات التحكيم أو التنفيذ باستغلال ما تتمتع به من حصانة كدولة ذات سيادة سواء حصانتها القضائية أو التنفيذية، وليست الحصانة بفكرة جديدة في الفقه الإسلامي، فالعمل الدبلوماسي نشأ بنشأة الدولة الإسلامية، مارسه الرسول صلى الله عليه وآله وسلم وأسس قواعده منذ تأسيس الدولة الإسلامية في المدينة المنورة، والحصانة تقابل عقد الأمان في الفقه الإسلامي [2]، والتي شرعت بقول الحق عز وجل: {وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا يَعْلَمُونَ} [التوبة: ٦] ووجه الدلالة من الآية الكريمة أن الله تعالى أمر بوجوب الوفاء بميثاق وعهد من دخل بأمان المسلمين حتى يلحق بداره وقومه[3]، أما الحصانة القضائية والمتمثلة بإعفاء الممثل السياسي من الخضوع للإجراءات القضائية في الدولة المضيفة، سواء كانت إعفاءً من القضاء الجنائي أو القضاء المدني أو الإداري أو إجراءات الشهادة أمام المحاكم المحلية في الدولة المضيفة، فإن هذه الحصانة كانت محل خلاف بين فقهاء المسلمين فإذا ارتكب المستأمن جرماً هل يؤاخذ به في قضاء المسلمين، ولا يتسع مقام البحث لعرض تفاصيل المسألة[4] إلا أنه ينبغي أن يراعى عند تطبيق هذه المسائل أن الشريعة الإسلامية راعت مبدأ احترام القوانين، وبناء عليه فلا يصح من المستأمن خرق هذا الاحترام بما يسيء إلى قوانين الدولة المضيفة ولا ينتهك حرمات الدولة التي

---

[1] **المقصود بالحصانة الدبلوماسية:** الامتيازات التي تمنح للمبعوث الدبلوماسي تجعله في حرز ووقاية ومأمن شخصياً وقضائياً ومالياً، والدبلوماسية كمصطلح سياسي معاصر عرف بعدة تعريفات تعود لمعنى واحد هو: فن تمثيل الحكومة ومصالح البلد لدى الحكومات في الدول الأجنبية، وبالتالي فهي تثير فكرة إدارة الشؤون الدولية ومتابعة المفاوضات السياسية والعلاقات الخارجية، ورعاية المصالح الوطنية للشعوب والحكومات في علاقاتها المتبادلة في حالتي السلم والحرب، أي أنها تطبيق القانون الدولي. أبوعيد، عارف، الحصانات الدبلوماسية بين الإسلام والقانون الدولي، ص: ٤١٩

[2] **المقصود بعقد الأمان:** التزام تتعهد بموجبه دولة ما بحماية رعايا دولة أخرى مع السماح لهم بالإقامة في أراضيها مدة ما متمتعين بالحقوق الإنسانية الأساسية، والمستأمن: من أراد دخول بلاد المسلمين بعقد أمان. باعمر، أحمد سالم، الفقه السياسي للحصانة الدبلوماسية، ص: ٧٩.

[3] الشيخ الكتاني، عبد الحي، التراتيب الإدارية، نظام الحكومة النبوية، ج / ١، ص:١٩٦ وما بعدها، أبوعيد، عارف، الحصانات الدبلوماسية بين الإسلام والقانون الدولي، ص: ٤٢٦.

[4] حيث وقع الخلاف بينهم فيما لو ارتكب المستأمن ما يوجب الحد أو القصاص، هل يؤخذ به وفق عهد الأمان ؟ وكذلك لو ارتكب مخالفات مدنية في المال أو النفس هل يؤخذ بها، فمن الفقهاء من يجعل هذه المخالفات سبباً لنقض عهده ومنهم من يفرق بين حقوق الله وحقوق العباد، أنظر تفصيل المسألة من الموسوعة الفقهية الكويتية، المجلد ٣٩، حيث رتبت أقوال الفقهاء وجمعت آراءهم بما يغني عن عرض المسألة لكون البحث فيها يخرجنا عن أصل الفكرة المقصودة.

أعطته الأمان ولا يتجاوز قوانينها، فالإسلام لم يمنع المستأمن أن يتمتع بحقوق حصانته لكن لا يُسمح أن يخرق سلطان الدولة الإسلامية الذي يهيمن على كل الاعتبارات الأخرى، كاعتبار الوظيفة أو العلاقات الثنائية أو الاحترام المتبادل أو غير ذلك، فلا يجوز إهدارها مهما كانت الظروف [١]، يقول تعالى: {وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَكِنْ لِيَبْلُوَكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ} [المائدة: ٤٨] فلا مبرر للعدول عن حكم الله الذي يعد مرجعية عليا في تنظيم حياة البشرية جمعاء، وعلى هذا النحو يثور التساؤل حول أثر اتفاق التحكيم الذي تبرمه الدولة على حصانتها القضائية أو التنفيذية أمام قضاء الدول الأخرى، كما يلي:

**أولاً: أثر التحكيم على حصانة الدولة القضائية أمام هيئة التحكيم وأمام قضاء الدولة:**

يتجه الفقه الحديث إلى اعتبار أن موافقة الدولة على التحكيم تعني نزولها عن حصانتها القضائية أمام قضاء غيرها من الدول، وكذلك أمام هيئة التحكيم،أقول: وهذا ما ينسجم مع ماتقرره الشريعة الإسلامية من أن التزام الأطراف أمام هيئة التحكيم ابتدأ بعقد، والعقد شريعة المتعاقدين، فلا ينبغي والحال هذه أن يسمح بالتحلل من آثار العقد، وإلا كان التحكيم لغواً لا فائدة منه.

فإذا ما تنازل الطرفان عن اتفاق التحكيم مثلاً ولجأ الطرف الآخر للقضاء، فإن الدولة لا تستطيع التمسك بحصانتها القضائية، قولاً بأنها تنازلت عنها بقبولها التحكيم الذي تنازلت عنه بعد ذلك، وبالمثل إذا لجأ الطرف الآخر إلى القضاء مباشرة للطعن على اتفاق التحكيم بالبطلان، أو على هيئة التحكيم بعدم الاختصاص أو لاتخاذ إجراء من الإجراءات الوقتية أو التحفظية أو إجراء من إجراءات الإثبات [٢]، وسبب الخلاف في الاجتهادات الحديثة أن التنازل عن الحصانة القضائية سواء أمام القضاء أو أمام هيئة التحكيم: هل يعبر عنه مجرد الاتفاق على التحكيم، فيكون الاتفاق تنازلاً ضمنيا عن التمسك بالحصانة، أم أنه لا بد من تقرير التنازل بشكل صريح بحيث أنه لو لم يكن هناك تصريح واضح بالتنازل فإن الدولة بمجرد رفع الدعوى عليها أمام القضاء الوطني للمحاكم الأجنبية تسترد كامل حقها في الدفع بحصانتها، وتستطيع أن تتمسك بها أمام هذا

---

[1] باعمر، أحمد سالم، الفقه السياسي للحصانة الدبلوماسية، ص: ١٦٥– ١٦٧ " بتصرف "

[2] حداد، حفيظة السيد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، ص: ٢٧٦ وما بعدها، جمال، مصطفى محمد و عبد العال، عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية، ص: ١٤٩ – ١٥٠.

القضاء؟ وعليه فإن الاجتهاد الفرنسي يؤيد جانب أن يكون هناك تصريح بالتنازل، وأن حكم التحكيم بذاته لا يتضمن بالضرورة تنازل الدولة عن حصانتها القضائية، بينما اتجهت العديد من الاتفاقيات الدولية الحديثة إلى اعتبار شرط التحكيم تنازل ضمني عن الحصانة القضائية[١].

**ثانياً: أثر التحكيم على حصانة الدولة ضد التنفيذ**

يثور الخلاف مرة أخرى فيما لو صدر حكم التحكيم ضد دولة أجنبية، ما إذا كان للدولة أن تتمسك بحصانتها في مواجهة إجراءات التنفيذ، أو أن مجرد موافقتها على التحكيم تعني التزامها بتنفيذ حكم التحكيم إلتزاماً يفيد تنازلها عن التمسك بحصانتها عند اضطرار الطرف الآخر إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري، فيقرر الرأي الغالب القول بالتنازل ترجيحاً لعامل استقرار المعاملات، ومقتضيات حسن النية واعتبارات التناسق، بينما يرى البعض الآخر أن موضوع الاتفاق على التحكيم هو مجرد إيكال الفصل في النزاع إلى هيئة التحكيم، بمعنى الخضوع لولاية هذه الهيئة لا أكثر ولا أقل، فلا يفيد بذاته تنازلاً عن التمسك بالحصانة أمام إجراءات التنفيذ، وإن لم يكن هناك ما يمنع من استفادة التنازل من عناصر أخرى قد يتضمنها اتفاق التحكيم، تماماً كما هو الحال في الحصانة القضائية [٢].

والراجح القول بأن مجرد الاتفاق على التحكيم يعد تنازلاً ضمنياً عن التمسك بالحصانة أمام تنفيذ قرار التحكيم، حيث يمثل ذلك خطوة كبيرة لضمان تنفيذ أحكام التحكيم ضد الدول، مما يكون له أثر كبير على تطور التحكيم الدولي الذي تكون أحد أطرافه دولة، إذ أن النتيجة سوف تكون مخيبة لو انتهت عملية التحكيم بحكم غير ملزم،فرغم كل ما بذل من جهد وما تحقق من نجاح ستجد نفسك في حيرة أمام حكم لا يساوي شيئاً سوى الورقة التي كتب عليها، فضلا عن أن امتناع الدولة عن احترام حكم التحكيم يجردها من المصداقية اللازمة في المعاملات الدولية، وهو خطر لا يمكن لأية دولة أن تتجاهله، لذلك فإنه من الأولى اعتبار اتفاق التحكيم الذي تورده الدولة في عقودها يفيد تنازلها عن حصانتها ضد تنفيذ حكم التحكيم، وإذا كانت تنوي غير ذلك، فإنه يتعين عليها التأكيد منذ البداية على تمسكها بهذه الحصانة من خلال نصوص واضحة ومباشرة تؤكد تمسكها بهذه الحصانة ضد تنفيذ حكم التحكيم[٣].

---

[1] حداد، حفيظة السيد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، ص: ٢٨٠.

[2] أنظر في هذا الخلاف: حزبون، جورج، معوقات التحكيم ودور الرقابة القضائية التالية على انتهاء إجراءاته، ص:٢٥١ وما بعدها، حداد، حفيظة السيد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، ص: ٢٨١، جمال، مصطفى محمد و عبد العال، عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية، ص: ١٥١.

[3] ففي قضية ترتبط بمسألة الحصانة ضد التنفيذ، ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن دخول الدولة في اتفاق التحكيم يعتبر تنازلاً ضمنياً عن حصانتها ضد التنفيذ دونما حاجة لصياغة نص واضح ينص على تلك المسألة، وتتلخص وقائع هذه القضية المعروفة بقضية Creighton: في أن عقداً قد أبرم بين الحكومة القطرية وشركة

**الفرع الثاني: رفض المستثمر الأجنبي الخضوع لقضاء الدولة المضيفة**

تتميز منازعات الاستثمار التي تكون الدولة طرفاً فيها بكثير من التعقيدات، ويكون حلها أكثر صعوبة بصفة عامة، نظراً لأن وجود الدولة كطرف في العلاقة التعاقدية يضفي عليها نوعاً من الحساسية لما يثيره ظهور الدولة من اعتبارات متعلقة بالسيادة، ولعل من أبرز وأعقد المسائل في عقود الاستثمار بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعة، حيث أن العديد من الدول تصر على الالتجاء إلى قوانينها الوطنية على أساس اعتبارات السيادة، وقد لا يكون التجاء المستثمر الأجنبي إلى القضاء الوطني للدولة مضيفة الاستثمار هو الجهة المثلى لفض المنازعات، ذلك أن المستثمر ينظر إلى القضاء الوطني لدولة الاستثمار بعين الريبة لمظنة تحيّزها – أي الدولة الطرف – إلى قوانين الدولة باعتبارها طرفاً في المنازعة، هذا من جهة المستثمر الضيف، وفي مقابل ذلك قد تجد الدولة المضيفة للاستثمار أنه ليس من الأوفق تقديم منازعات الاستثمار إلى قضائها الوطني، لأن توالي صدور أحكام لصالحها في مثل هذه المنازعات قد يؤدي إلى هلع المستثمرين الأجانب، وعدم الإقدام على إبرام عقود استثمار مع هذه الدولة[1].

ويتخذ البعض– بهدف التحلل من الاتفاق، ممارسات خاطئة من شأنها تعطيل الأداة الماثلة وعدم الوصول إلى حسم النزاع المعني، ومن هذه الممارسات ما له طبيعة أخلاقية،كإخفاء معلومات بشكل متعمد للإضرار بالطرف الآخر، ومنها ما له طبيعة مهنية، كإثارة الطعون

---

Creighton الأمريكية تقوم بمقتضاه الشركة الأمريكية ببناء مشفى لحساب الطرف القطري. وقد نشأ نزاع بين الطرفين حول أداء الشركة، الأمر الذي دفع الحكومة القطرية إلى طردها من موقع العمل، وقد رفضت شركة Creighton ذلك، وبدأت باتخاذ بعض الإجراءات من أجل طرح النزاع على التحكيم وفقاً لاتفاق التحكيم المبرم بين الطرفين، والذي يقضي بأن يتم التحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية، وقد تم التحكيم في باريس، وانتهى بحكم لصالح شركة Creighton تحصل بمقتضاه على تعويض قدره ثمانية ملايين دولار، ولقد وصلت إجراءات تنفيذ الحكم إلى محكمة النقض الفرنسية، التي أعلنت أنه: " استناداً إلى توقيع دولة قطر على اتفاق التحكيم الذي نص على الاحتكام إلى قواعد غرفة التجارة الدولية، فإنها بذلك تكون قد تنازلت ضمنياً عن حصانتها ضد التنفيذ. فهذا هو ما تنص عليه المادة ٢٤ من قواعد غرفة التجارة الدولية(وقد أضحت هذه المادة مقابلة للمادة ٦/٢٨ من نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية والذي أصبح نافذاً اعتباراً من أول يناير عام ١٩٩٨، والتي تجري على أنه:

أ ــ تكون أحكام التحكيم نهائية.

ب ــ قبول الأطراف التحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية يلزمهم بتنفيذ أي حكم تحكيم دون أي تأخير، ويعدون بذلك أنهم قد تنازلوا عن كل طرق الطعن الممكن التنازل عنها قانوناً ".وهكذا فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية موافقة الدولة على التحكيم بمثابة تنازل ضمني عن حصانتها ضد تنفيذ حكم التحكيم، الأمر الذي يمثل خطوة كبيرة لضمان تنفيذ أحكام التحكيم ضد الدول، مما يكون له أثر كبير على تطور التحكيم الدولي الذي تكون أحد أطرافه دولة. د. غسان علي، مشاكل التحكيم الدولية، ورقة مقدمة إلى الدورة التأهيلية الأولى للتدريب على التحكيم، تحت عنوان الارتقاء بالتحكيم نظرياً و عملياً، دمشق، تشرين الأول، ٢٠١٠.

[1] محمدين، جلال وفاء، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، ص: ٩ – ١١، خالد، هشام، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، مزاياه – أمراضه، ص: ٢١٢.

بشكل متكرر في مقابل كل إجراء تتخذه الهيئة التحكيمية كلها أسباب ترجع إلى سوء النية ومحاولة التحلل من آثار شرط التحكيم أو إعاقته [١]، وعندها يلجأ المستثمر الأجنبي لحماية حقوقه إلى اللجوء إلى دولته لتقديم الحماية له بطريقة دبلوماسية، وعندما تفشل الطرق الدبلوماسية في حماية حقوق المستثمر فإن كثيراً من الحالات ما تبدأ فيها دولة المستثمر الضيف بالتلويح باستخدام القوة، وقد شهدت بعض الممارسات – للأسف – شكل قيام دولة المستثمر بوضع سفنها الحربية قبال سواحل الدولة المضيفة للاستثمار إلى أن يتم تسوية النزاع [٢]، وكلما كان موضوع العقد ذا أهمية بالنسبة للمستثمر كلما برزت الإشكاليات التي قد تحول دون جو مريح في الاستثمار، ففي عقود البترول مثلاً – والذي تتواتر دراسة التحكيم فيه لأهميتة الكبيرة لدى الحكومات العربية وشركات البترول على السواء – ظهرت في السنوات الأخيرة اتجاهات ترمي إلى التشكك من التحكيم على تقدير أنه يمس سيادة الدولة، وعلى تقدير أنه يؤخر الفصل في النزاع ويزيد من مصاريف حسمه [٣]، ولذا فإن العديد من المبادرات المحلية والدولية التي تنبهت لأهمية الاستثمارات وأثرها في رفد الاقتصاد المحلي اتجهت إلى تحسين القوانين التي تعنى بالتحكيم في أطرٍ توفر بيئة ومناخاً مقبولاً لجذب المستثمر الأجنبي، وبمواءمة المصلحة العامة مع حسن التنفيذ والتدبير بما يفرز علاقات ودية بين جميع الأطراف، ففي القانون النموذجي ( اليونسترال ) أبرزت اللجنة أهدافها بمعاملة موحدة لجميع قرارات التحكيم بغض النظر عن منشأ البلد، بدلاً من الاعتماد على التمييز التقليدي بين قرارات التحكيم الأجنبية والمحلية، ويستند هذا الاتجاه الجديد إلى الأسباب الموضوعية بدلاً من الاستناد إلى الحدود الإقليمية، التي هي غير ملائمة بالنظر إلى محدودية أهمية التحكيم في القضايا الدولية [٤].

وأياً كانت وجهة النظر المقبولة في تكييف عقد الامتياز البترولي – وما إذا كان يعتبر بمثابة تصرف قانوني مركب لأنه يتضمن رخصة من جانب الدولة للشركة المستفيدة، ولذا ينشأ لهـا بمقتضاها الحق في استغلال المنطقة البترولية كما يتضمن اتفاقاً بينهما على تنظـيم ممارسـة الشركة لحقها الذي قررته الرخصة – أو يعتبر ذلك العقد بمثابة عقد عادي على تقدير أن مـنح الحق في الاستغلال هو حق لمن يمارسه مشروط بالقيود المقررة في عقد تنظـيم الاسـتغلال،

---

[1] خالد، هشام، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، مزاياه – أمراضه، ص: ٤٠٤ –٤٠٧.

[2] درادكة، لافي، أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقات والعقود الاستثمارية ومخاطره على التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة كإحدى الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، بحث مقدم لمؤتمر: الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة في الفترة ( ٢٥ – ٢٧ إبريل / ٢٠١١ )، الإمارات، ص: ١٣٤٣ –١٣٤٤.

[3] أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ص: ٩٤.

[4] المذكرة الإيضاحية للقانون النموذجي ( اليونسترال)، الفقرة: ٥٠.

وليس بحق مطلق، ومن هنا متى قبل المستفيد هذا الحق فإنه يقبله بالقيود المقررة في صـــدده، ومتى منحت الدولة هذا الحق لمن يمارسه فإنها أيضاً تتقيد بتلك القيود وتتقيد بتلك الحقوق التي منحتها للمستفيد وبنطاقها وحدودها ومرماها، وبعبارة أخرى تمنح الدولة الحق في الاســتغلال لمن تحيطه بثقتها، ولا يقبل المستفيد هذا الحق إلا على أساس الحقوق المقررة له في الاتفــاق[١]،

[1] ومن الأمثلة حول النزاع على طبيعة الاتفاق ماجرى في الأردن بخصوص اتفاقية شركة "تــرانس جلوبــال": فقد تم توقيع اتفاقية مشاركة في الانتاج مع الحكومة للتنقيب عن النفط في منطقة البحر الميــت– وادي عربــة بموجب قانون خاص رقم(٩٧/٣) وتضمنت الاتفاقية ثلاث مراحل استكشافية مختلفة لمــدة (٨) ســنوات وتــم تمديدها لمدة سنتين ونصف حيث قامت الشركة بحفر(٤) آبار منها بئران عميقتان وبئران ضــحلتان ووجــدت الشركة شواهد بترولية علما بأن هنالك شواهد نفطية في العديد من الآبار المحفورة في المملكة ولا يعني ذلــك بالضرورة وجود اكتشافات نفطية بالمعنى المتعارف عليه علميا ودوليا، وقد قامت شــركة "تــرانس جلوبــال" بالتنازل عن٨٠ بالمائة من حصتها لصالح شركة )بروسيتي المحدودة) وعن حق التشغيل للعمليات الاستكشافية حيث أصبحت شركة "بروسيتي "هي الشركة المشغلة الجديدة والمسؤولة عن كافة الالتزامــات التعاقديــة أمــام سلطة المصادر الطبيعية. وتم هذا التنازل حسب نص المادة (١٧) من الاتفاقية الموقعة بين ســلطة المــصادر الطبيعية وشركة ترانس جلوبال والتي تتضمن حق السلطة في قبول التنازل علما أن الاتفاقية كانت ستنتهي حكما بتاريخ ٢٠٠٧/٨/١٦ بعد أن دخلت الشركة في المرحلة الثالثة والنهائية مــن الاتفاقيــة بتــاريخ ٢٠٠٥/٨/١٧ وكانت ملزمة بموجبها بحفر بئر عميقة (٢٥٠٠ متر) خلال هذه الفترة. ومن جانب آخر قامت الــشركة برفــع قضية تحكيم بتاريخ ٢٠٠٧/٨/٣٠ لدى المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاســتثمار ضــد حكومــة المملكة الأردنية الهاشمية لمطالبتها بإلغاء اتفاقية تنازل الشركة عن جزء من حقوقها والتعويض المــالي حيــث استندت الشركة بدعواها على نصوص الاتفاقية الثنائية الموقعة بين المملكــة والولايــات المتحــدة الاميركيــة والمتعلقة بحماية الاستثمارات للأفراد في البلدين وفحوى الادعاء يتلخص: في عدم منح الشركة معاملة عادلــة لاستثمارها واتخاذ إجراءات تمييزية ضدها وعلى ضوء ذلك قامت الحكومة بالتعاقد مع بيــت خبــرة قانونيــة للترافع عنها وتم تعيين هيئة التحكيم لهذه القضية بموافقة الطرفين. أنظر: مقال منشور بجريدة الغــد الأردنيــة، حول تكليف لجنة الطاقة النيابية التعاون مع خبراء للكشف عن الشواهد البترولية في المملكة، يوم الأربعاء ٢٣ تشرين الثاني ٢٠١١ – ٢٦ ذو الحجة ١٤٢٣.

وإذن لا يتصور أن ينفصل حق الاستغلال عن تنظيمه، وليس لأحدهما كيان قانوني دون الآخر، قياساً على عقد الهبة المشروطة [١]، فنية التبرع فيه لا يمكن أن تنفصل عن عقد التبرع، ولا يمكن أن يقال أن هذا العقد بمثابة عقدين عقد هبة مجردة واتفاق بإيجاب وقبول بين طرفيه على التزامات معينة، وعلى كل حال وأيا كان مذهب الرأي في هذا الصدد فإن شرط التحكيم في عقود البترول هو من الشروط التي تتسم بالطبيعة التعاقدية، وليست له صفة لائحية لأنه يتصل بطريق مباشر أو غير مباشر بالضمان المقرر للشركة في الحصول على مقابل للجهود التي تبذلها والأموال التي تقوم بتوظيفها، وبعبارة أخرى يتصل بالتوازن المالي للمتعاقدين [٢].

**المطلب الثاني: أسباب عزوف المصارف الإسلامية عن اللجوء للتحكيم، وكيفية معالجة هذه المشكلة.**

على الرغم من أن الصناعة المصرفية الإسلامية أصبحت محط أنظار خبراء المال على مستوى العالم وذلك للتعرف على معايير العمل بالتمويل الإسلامي، وعلى الرغم من نجاح المصرفية الإسلامية في الخروج من مساويء الأزمة العالمية، وتزايد عدد الوافدين للمشاركة في منظومة الصناعة المالية الإسلامية وبتقدم كبير، إلا أن مقابل هذا النجاح والتقدم تظهر تراجعات بشأن طريقة حل المنازعات التي تنشأ بين المصارف الإسلامية بشكل عام.

والناظر إلى أسس إنشاء معظم عقود البنوك الإسلامية للمرابحات والاستصناع وغيرهما، يجد أن هذه العقود الأساسية تنص على اللجوء إلى التحكيم عند التنازع، وذلك لسهولة إجراءات التحكيم، ومزاياه المتعددة، ولكن بعض البنوك الإسلامية في بعض الدول بدأت تتراجع عن هذا الشرط، وتنصّ في عقودها على اللجوء إلى المحاكم بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ونصوص العقد [٣]، ويمكن ردّ العقبات التي تواجه المصرفية الإسلامية والتي تحول دون لجوئه إلى التحكيم لحل منازعاته للأمور التالية:

---

[1] يصح للواهب مع بقاء فكرة التبرع أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام معين، ويعتبر هذا الالتزام عوضاً، ويعده الحنفية مانعاً من موانع الرجوع عن الهبة لوجود الشرط في العقد، ويكيفها الحنفية بأنها هبة مشروطة، فيما يعتبرها زفر: عقد بيع وهو مذهب الشافعية والحنابلة، بحيث يلتزم الموهوب له بدفع العوض المشروط، وتطبق عليه أحكام البيع من الشفعة والخيار والضمان. وللمسألة تفصيل مبثوث في كتب الفقهاء، أنظر: السرخسي، المبسوط، ج / ١٢، ص: ٧٥ وما بعدها، ابن رشد، بداية المجتهد، ج / ٢، ص: ٣٢٦، الشربيني، مغني المحتاج، ج / ٢، ص: ٤٠٤، ابن قدامة، المغني، ج/ ٥، ص: ٦٣٢، وانظر: نصوص القانون المدني الأردني: المواد ٥٥٧ وما بعدها.

[2] غنيمي، طلعت، شرط التحكيم في اتفاقات البترول، مجلة الحقوق، السنة العاشرة، العددان الأول والثاني، أنظر: أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ص: ٩٥ – ٩٦.

[3] القرة داغي، علي، بحوث في فقه البنوك الإسلامية، ص: ٥٥٢، خصاونة، أحمد سليمان، المصارف الإسلامية، ص: ٩٦

**أولاً: مخاطر التأخير وأثرها على عوائد الاستثمار**

مما لا شك فيه أن إجراءات التقاضي الخاصة بالمنازعات المصرفية يجب أن تضمن للأطراف حسم النزاع حول حقوقهم في أقرب وقت ممكن، إذ تقوم الحياة الاقتصادية بشكل عام – والمصرفية بشكل خاص – على عنصري السرعة والائتمان، فإجراءات التقاضي بأي وسيلة كانت يجب أن تضمن للأطراف حسم النزاع حول حقوقهم واستقرار مراكزهم القانونية في أقرب وقت ممكن، وإطالة الوقت تقلل من منح الائتمان، وتحد بالتالي من ازدهار النشاط الاقتصادي، وتزيد من احتمالات مخاطر الائتمان [1]، ومن هنا تخشى المؤسسات المصرفية من عدم توفر ما يكفل لها سرعة الإجراءات ابتداءً باختيار المحكم [2] وانتهاءً بتنفيذ الحكم بما يحقق العدالة وعدم المماطلة، والتي قد تزيد من احتمال المخاطر وتزايد نسبة الخسارة جراء التأخير، ولحل هذه المشكلة فإن من المناسب القول أن الاتفاق الأولي يعد ميزة فعالة في نظام التحكيم كما سبق بيانه، وعليه فإنه من الممكن تلافي إشكالية اختيار المحكم بالاتفاق على آلية الاختيار ابتداءً، بأن يكون الاختيار مشتركاً بين أطراف النزاع وهيئة التحكيم المعتمدة في البلد محل النزاع، وأنه في حال عدم الاتفاق على محكم مرجح يمكن أن يحال إلى هيئة الرقابة الشرعية التابع لها الطرف، أو أي هيئة أخرى غير قضائية تلافياً لطول الإجراءات، وحيث أن احتمال رد أحد المحكمين أو تنحيه أو استقالته قائم، فإنه يمكن العود إلى الكيفية الأصلية في اختيار محكم بديل، وهكذا، وأما بالنسبة للمدد فيمكن اعتماد تحديد زمن أولي بأن لا يتجاوز عمل هيئة التحكيم إلى حين صدور الحكم عن ثلاثة أشهر أوعن مدة يحددها الأطراف ابتداء بالنظر إلى واقع العملية المصرفية وواقع النزاع ومدى تأثره بهذه المدة.

---

[1] السيد، أحمد علي، مدى حاجة منازعات الاستثمار إلى محكمة مختصة، بحث مقدم لمؤتمر: الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة في الفترة ( ٢٥ – ٢٧ إبريل / ٢٠١١ )، الإمارات، ص: ١٠٤٦.

[2] ففي إحدى القضايا المصرفية في قطر: ظهرت معضلة أخرى لا تقل عن سابقتها وهي أن أحد أطراف النزاع كان يعاند في تعيين المحكم وحينئذٍ تعين على الطرف الآخر اللجوء إلى المحكمة المختصة بنظر النزاع لتعيين محكم الطرف الممتنع مما يترتب عليه إطالة أمد النزاع، وفقدان أهم ميزة للتحكيم، ومن جانب آخر فإن اختيار المحكم المرجح قد يستغرق وقتاً طويلاً، ووقتاً أكثر في الاتفاق على بنود وثيقة التحكيم وهكذا نجد أشهر أو سنوات تمر دون إصدار حكم من هيئة التحكيم، حيث أن القضية المذكورة والتي كان فيها شرط التحكيم، ظلت متداولة بالمحاكم لمدة خمس سنوات حتى صدر فيها حكم بتعيين الحكم المرجح، أنظر: القرة داغي، علي، بحوث في فقه البنوك الإسلامية، ص: ٥٥٣ –٥٥٥.

**ثانياً: ضعف التعاون بين المؤسسات المصرفية الإسلامية في مواجهة نزاعات المصارف وتحمل تبعاتها**

من الطبيعي عند نشوء نزاع مصرفي أن يترتب على الطرف المحكوم عليه مخاسر قد تعرضه إلى فقدان مشروعه الاستثماري وأحياناً إفلاسه، فالتحكيم أولاً وآخراً سيرتب حكماً يجب أن يلتزم به الطرف المحكوم عليه، ويتحمل تبعات الأخطاء التي أنشأها ابتداء على الطرف المحكوم له، بالإضافة أنه سيتكبد مصاريف التحكيم وأتعاب المحكمين، وهذا ما يستدعي وجود إجراءات عملية لتحقيق التعاون بين المصارف الإسلامية، إما من خلال الدخول في اتفاقيات ثنائية ومتعددة مع غيرها من المصارف، أو من خلال المؤسسات المالية الإسلامية مجتمعة، على مستوى الدول تقوم فيه بمفاوضات جادة وأفكار عملية مثل إنشاء صندوق للتضامن والتكافل، بغرض تقديم الدعم الفوري – المادي والمعنوي – لأي مصرف من المصارف الإسلامية يتعرض لخطر الإعسار أو الإفلاس أو التعثر الناجم عن تلك المنازعات والتي لا يستطيع مصرف وحيد مواجهتها بإمكانياته الفردية،على أن يتم وضع آلية تنظم عمل الصندوق من جهة الإدارة والحالات التي تستدعي التدخل، وأسلوب التدخل الأمثل لكل حالة [١].

**ثالثاً: عدم تمكن هيئات المراقبة الشرعية من تفعيل دورها في مراقبة ومتابعة النزاعات القائمة**

إن المبادرات الفعالة التي وجدت كمرجعيات إسلامية لكافة احتياجات الصناعة المالية الإسلامية، لا تزال مهامها محدودة، ولا يكون انتساب المصارف الإسلامية إليها إلا بطريقة تطوعية، وعليه فإن الحاجة ماسة لتفعيل دور هيئات الفتوى والرقابة الشرعية مع كافة المؤسسات المالية والبنوك المركزية، بإيجاد معايير موحدة ومعتمدة بهدف حفظ أعمال المؤسسات المالية من المخالفات الشرعية ووضع الحلول الشرعية في مقابل حصول الخطأ بطريقة مُلزمة تتفق عليها جميع المؤسسات المالية في تأسيس إنشائها، بحيث يكون من حق الهيئة رفض أو وقف التصرف الذي يخالف الشريعة الإسلامية [٢]، وهذا ما سيوفر الوقت والجهد في حال نشوء نزاع تحكيمي، فإن الهيئة سيكون من حقها مراقبة أسس وإجراءات التحكيم عن

---

[1] خصاونة، أحمد سليمان، المصارف الإسلامية، ص: ٣٨٤ – ٢٨٥ " بتصرف "، عبد العزيز، محمود، التحولات المنشودة في الصناعة المصرفية العربية /المصارف الشاملة والمنطقة العربية، بحث مقدم إلى اتحاد المصارف العربية ضمن سلسلة أبحاث لمجموعة مؤلفين بعنوان: الصناعة المصرفية العربية وتحديات القرن الحادي والعشرين، ١٩٩٧، ص:٢٣٠ – ٢٣٢.

[2] حميش، عبد الحق، تفعيل دور هيئات الفتوى والرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية، بحث مقدم إلى مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والإنسانية، محرم ١٤٢٨ / ٢٠٠٧، المجلد /٤، العدد: ١، ص: ١١١ –١١٢.

بعد بما يضمن حسن سير الأداء، وهذا مما سيزيد من ثقة البنوك بفكرة اللجوء إلى تحكيم تدعمه هيئة شرعية تشرف على حسن سيره وفاعلية أدائه.

**رابعاً: خصوصية التنظيم المصرفي الإسلامي واختلافه عن التنظيم الوضعي**

تعمل المصارف الإسلامية على أساس النظام الإقتصادي الإسلامي، الذي يتعارض في كثير من مبادئه مع التنظيمات التي تعمل بها البنوك التقليدية، مما يشكل ضغطاً كبيراً على المصارف الإسلامية، في كونها لا تتمتع – بسبب قانونها التنظيمي – بالحماية الكافية [١]، خصوصاً إذا واجهنا حقيقة عدم وجود محكمة مختصة تفصل في المعاملات المالية المصرفية من وجهة نظر شرعية، وضعف القضاة المختصون في عدم الإلمام الكافي والتفصيلي بالآليات الفقهية والشرعية التي تنشأ عليها المؤسسات المالية الإسلامية[٢]، وحتى المحكمون فإن ضعف الكوادر والفنيين أمر مؤرق خصوصاً إذا كنا نبحث عن محكم قادر على فرز القانون الواجب التطبيق وعدم خلط الأوراق في تسيير إجراءات التحكيم أو إصدار القرار والتقيد بالقواعد الشرعية دون التأثر بالبضاعة التقليدية سواء كانت محلية أو دولية، فلا تحبذ المصارف والحالة هذه اللجوء إلى التحكيم الذي سيكون محل ريبة في عدم تحقق الضمانات الكافية في قدرته على حل النزاع بأسلوب لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ولعل هذا الأمر قد حدا بالبعض من خلال المؤتمرات التي تجري في سبيل تطوير العمل المصرفي الإسلامي، الدعوة إلى تفعيل العمل بمراكز التحكيم الإسلامية وتطوير مستوى أدائها بما يعزز دور التحكيم الإسلامي، الذي سيسهم بفضل دعم المؤسسات المالية الإسلامية وبفضل الأحكام التي ستصدر عنه في بلورة قواعد أساسية في مجال فقه المعاملات المالية، التي ستسهم بدورها في إعادة صياغة بعض القوانين بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية، وإلى أن يتم تحديث القوانين الوضعية لتستوعب خصوصيات ومبادئ الصناعة المالية الإسلامية [٣].

وأجد أن التأهيل لا يُعنى فقط بالناحية التشريعية – أعني سد فجوة التقنين الشرعي لقانون نموذجي إسلامي– وإنما ينبغي أن يمتد إلى مستوى الأفراد، فإن تأهيل الكوادر الفنية والقضائية

---

[1] خصاونة، أحمد سليمان، المصارف الإسلامية، ص: ١٠٠.

[2] السيد، أحمد علي، مدى حاجة منازعات الاستثمار إلى محكمة مختصة، بحث مقدم لمؤتمر: الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة في الفترة ( ٢٥ – ٢٧ إبريل / ٢٠١١ )، الإمارات، ص: ١٠٤٥.

[3] أنظر مثلاً المقترحات التي قدمها الدكتور عبد الستار الخويلدي، الأمين العام للمركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم، في ندوة البركة الثلاثين – جدة، ٢٦ – ٢٧ أغسطس ٢٠٠٩م، تحت عنوان « مدى قبول القوانين الوضعية مرجعا لاتفاقيات وعقود تكون المؤسسة المالية الإسلامية طرفا فيها»، وانظر: الشمري، صادق راشد، أساسيات الصناعة المصرفية الإسلامية، ص: ٣٢ وما بعدها.

القادرة على الانخراط في مجال الصناعة المالية الإسلامية وبالذات الصناعة المصرفية، سيكون لها أثر كبير في نقل مفهوم المالية الإسلامية التي لا يزال الغرب يجهل أسسها، على الرغم من أنه بدأ يلمس أثرها بعد الأزمة العالمية الفائتة، كما أنه سيسهم في فرض حالة من الثقة بتأهيل محكمين يدركون خصوصية الصناعة المصرفية الإسلامية، وبالتالي كيفية التعامل مع القانون الواجب التطبيق، لأنه من غير المعقول أن نتبنى فكرة المصرفية الإسلامية ثم نقدم تنازلات بشأن قانون غير إسلامي يحكم التصرفات المالية، خصوصاً ونحن نتعامل مع منظومة متكاملة من منتجات مالية لا يمكن خرقها بأي خلل، فإذا كان المحكم على درجة من العلم بالأحكام المالية والمصرفية الشرعية، فلن يواجه صعوبة في النزاعات التي ستنشأ مع أي مستثمر أجنبي طالما أن التحكيم عقد رضائي نتجاوز فيه الإلزام القضائي الدولي بالتراضي العقدي في إنشاء التحكيم ثم التراضي على وضع منظومة الإجراءات ثم اختيار القانون الواجب التطبيق الذي سيتفق عليه الأطراف بمشاركة هيئة التحكيم، وعندئذ لن تشكل عملية اختيار قانون إسلامي أي عقبة بالنسبة للمحكمين الذين تم انتخابهم، فالواقع الذي يبنيه المستثمر الأجنبي في الوصول إلى نتائج سريعة وحلول مرنة لن يجد امتيازاته بالقدر الذي سيوفره له التشريع الإسلامي الذي هو وحي الحق سبحانه لتنظيم البشرية إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها.

## المطلب الثالث: توظيف التكنولوجيا الحديثة في تسهيل إجراءات التحكيم

ظهرت في الآونة الأخيرة أساليب متقدمة في مجال التعاملات المالية عبر الوسائط الإلكترونية، والتي عن طريقها انتقلت هذه المعاملات المالية من مرحلة التعامل الورقي إلى مرحلة التعامل الرقمي، إلا أنه في مقابل سرعة انتشار هذا النوع من التعامل وجد المستثمرون أنفسهم بحاجة ماسة إلى وجود نصوص قانونية تغطي الجوانب الهامة لهذا التعامل الإلكتروني، وتمنحه القوة القانونية المطلوبة، ولأجل أن تقتنع المؤسسات المالية ويقتنع الأفراد، فالقانون المنظم يشكل دائماً مصدر الثقة والأمان والشرعية لمثل هذه المعاملات، كما أنه يضفي مزيداً من الدعم والتشجيع المتوازن للاستثمار في مجالها[١].

وقد اعتبرت المعايير الشرعية أن إبرام العقود المالية عبر الوسائل الإلكترونية لا يترتب عليه محظور شرعي، وأن هذه العقود لا تختلف عن العقود التي تبرم بالطريقة التقليدية إلا من حيث وسيلة إبرامها، وقد نظمت المعايير الشرعية الأحكام المتعلقة بإبرام العقود المالية باستخدام

---

[1] الشدي، سليمان بن محمد، الجانب التشريعي والقضائي في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ودوره في دعم التعاملات والتجارة الإلكترونية، بحث مقدم إلى مؤتمر المعاملات الإلكترونية بالإمارات، سنة ٢٠٠٩، ص: ١٦ " بتصرف ".

شبكة الإنترنت، سواءً ما تعلق منها بإنشاء المواقع التجارية على الشبكة، أو بتقديم خدمة الاتصال بها، وبيان التكييف الشرعي لإبرام العقود باستخدامها، وتحديد زمان انعقاد العقد، بهذه الوسيلة، وبيان ما يتعلق بالقبض من أحكام عند إبرام العقود الإلكترونية، إضافة إلى بيان الأحكام المتعلقة بحماية التعاملات المالية التي تبرم عبر الشبكة [١].

وإذا كان حسم النزاعات بطريق التحكيم قد اتضح مساره في طريق الصناعة المالية التقليدية، فإنه لا بد إذن من أن ينال دوره في طريق المعاملات الإلكترونية، لأن ظهور المعاملة إلى حيز الوجود يستدعي وجود التقنين المناسب لها تأصيلاً أو تنظيماً أو إيقافاً، وهذا التنظيم يشمل كل تبعات هذه المعاملة، فالنزاع ليس ببعيد عن أي عقد سينشأ عبر هذه الوسائل، والتي يقتضي من هيئات التحكيم مراعاة الاختلافات التي قد تنشأ في إجرءات فض الخصومة التحكيمية التي تتعلق بالمعاملات الإلكترونية[٢]، ولن أخوض في التفاصيل التنظيمية للتحكيم الإلكتروني باعتبار أن حاجة البحث لا تستدعيه، وأنه لا بد من دراسته ببحث مستقل، إلا أنه يلزم في هذا المقام بيان الميزات التي تحيط بهذا النوع من أنواع التحكيم استكمالاً للفائدة والمعرفة المتوخاة من هذه الرسالة.

ويمتاز التحكيم الإلكتروني بسرعة الفصل بالنزاع، مقارنة بالتحكيم التجاري العادي الذي يحتاج مدة أطول بكثير مما يتطلبه هذا التحكيم، وسبب ذلك هوعدم الحاجة للحضور المادي للأطراف ولهيئة التحكيم وتبادل المرافعات والبيانات بين أطراف الدعوى، ويبدأ التحكيم من

---

[1] المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم ( ٣٨ ): التعاملات المالية بالإنترنت، ص:٥٢٠ وما بعدها.

[2] أخذ القانون النموذجي ( اليونسترال ) بعين الاعتباراستخدام التجارة الإلكترونية على نطاق واسع، مع مراعاة تنظيمها من خلال: الصكوك القانونية الدولية، القانون النموذجي ( اليونسترال ) للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥ بصيغته المنقحة، وقانون اليونسترال بشأن التجارة الإلكترونية، وقانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، واتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية. المذكرة الإيضاحية للقانون النموذجي ( اليونسترال)، التوصية المتعلقة بالدورة السادسة والخمسون.

تاريخ إنشاء موقع خاص للقضية، يتم تبيلغ الأطراف به على بريدهم الإلكتروني، أما الإجراءات بعد ذلك فهي تتفاوت بين مؤسسات التحكيم[١]، فمثلاً قامت الجمعية الأمريكية للتحكيم بوضع نظام للتحكيم على الخط (online resolution)، بمقتضاه يتم إنشاء موقع خاص بكل قضية على حدة، على نحو يسمح فقط للجمعية وأطراف النزاع وهيئة التحكيم الدخول للموقع، ومراجعة ادعاءات الأطراف المخزنة فيه، ووفقاً لهذا النظام يتعين على طالب التحكيم الدخول للموقع الإداري للجمعية، وتسجيل طلبه واستيفاء كافة المعلومات الضرورية بإجراءات التحكيم، وتتم مراجعة الطلب من قبل الجمعية، وتكون ظروف القضية هي التي تحكم إن كان سيتم إجراء التحكيم بالطريقة التقليدية أو بالطريقة الإلكترونية، وتبدأ إجراءات تداول الجلسات، إما عن طريق التليفون أو بواسطة الفيديو أو بأي وسيلة مماثلة، إلى أن يتم إصدار الحكم، ويوضع على الموقع، ويبلغ به الأطراف على بريدهم الإلكتروني، وعليه فإن التسوية لهذه الآلية لا تستلزم انتقال أطراف النزاع وحضورهم المادي أمام المحكمين، نظراً لإمكانية سماع أطراف النزاع والشهود عبر المحادثات التلفزيونية والاتصالات الإلكترونية التي تتم عبر الأقمار الصناعية [٢].

وليس بخافٍ أن التعامل بالتحكيم من الناحية الإلكترونية لا يزال في طور التنشئة والتطوير، والجهود المبذولة من ناحية التشريعات التابعة للهيئات الإسلامية لم تجمع بين أحكام العقود الإلكترونية وأحكام التحكيم في تنظيم لقانون تحكيم إلكتروني، مما يستدعي ضرورة تكاتف جهود الهيئات الشرعية لتنظيم فكرة التحكيم الإلكتروني مع مراعاة البحث في الجانب الذي يتعلق بسبل الحماية وسبل التنفيذ للإجراءات بطريقة لا تتعارض مع أصول التشريع الإسلامي.

**والله ولي التوفيق**

---

[1] ومن أمثلة ذلك الجهد المبذول الذي قام به الإتحاد الأوروبي بتوجيه الدول الأعضاء بألا تضع في تشريعاتها الداخلية عقبات قانونية تحول دون إستخدام آليات تسوية المنازعات إلكترونياً بعيداً عن القضاء نص المادة (١) من التوجيه الأوروبي رقم ٢٠٠٠/٣١ الخاص ببعض المظاهر القانونية لخدمة مجتمع المعلومات والتجارة الإلكترونية على " تسمح الدول الأعضاء لموردي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية منازعاتهم بعيداً عن أروقة المحاكم وبإستخدام الوسائل التكنولوجية في العالم الإلكتروني، وفي مجتمع المعلومات في فض المنازعات ". كذلك كان للدور الكبير الذي تمارسه المنظمة العالمية للملكية الفكرية "Wipo " إسهامات كبيرة في تطوير وتفعيل نظام التحكيم الخاص بالتجارة الإلكترونية، لتنظيم المنازعات الخاصة بالإنترنت لا سيما المتعلقة بالملكية الفكرية، وأسماء الدومين، والعلامات التجارية. ويمكن من خلال هذا النظام التغلب على العديد من الصعوبات، حيث يسمح بحرية إختيار القانون الواجب التطبيق، ويتضمن وحدة الجزاء رغم إختلاف الجنسيات كذلك وضعت منظمة الويبو نظاماً للتحكيم السريع، سوى ما ذكرناه بشأن تنظيمات التحكيم الإلكتروني في القانون النموذجي ( اليونسترال )، مقابلة، نبيل زيد، التحكيم الإلكتروني، بحث مقدم لوحدة التحكيم الإلكتروني في الجمعية العربية لقانون الإنترنت ( Arab-e-Low ).

[2] موسى، محمد إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي بالإمارات، لسنة ٢٠٠٨، ص: ١٠٧٣ –١٠٧٦.

## النتـــائـــج والتـــوصيـــات

١- تقوم الصناعة المالية الإسلامية على تطوير ركائز العمل بين المؤسسات المالية وتنميتها وتنظيم آليات التعامل بها من خلال مبدأين: الأول مراعاة التأصيل الشرعي لكافة الأصول التنظيمية لعمل هذه المؤسسات، والثاني، توفير الحماية لتلك المؤسسات من خلال التعاون في سد احتياجاتها التمويلية، وسد الفراغ الناشيء عن فض النزاعات وفق أحكام الشريعة الإسلامية وإغناء هذه المؤسسات من اللجوء إلى تحكيم غير إسلامي.

٢- التحكيم عقد اتفاقي يحمل طابعاً خاصاً يفوض فيه أطراف الخصومة شخصاً ليتولى مهمة الفصل في النزاع بحكم ملزم، وهو من الوسائل المشروعة بالكتاب والسنة وإجماع الأمة.

٣- تؤثر النشأة الاتفاقية أو العنصر العقدي للتحكيم على علاقة الخصوم بالمحكم أثناء سير الخصومة، وعلى نتيجة الحكم الصادر، من خلال إمكانية الاتفاق على تبسيط إجراءات التحكيم بما يوافق الحق والمصلحة.

٤- أساس التولية قائم على شروط وجب توفرها في شخص المحكم، وشروط أخرى تقتضيها أحكام قاضي الضرورة، ويمكن التنازل عن بعض هذه الشروط إذا دعت الحاجة لذلك للتوصل لما هو جائز شرعاً كشرط الإسلام وشرط الإلمام بالأحكام الشرعية.

٥- سلطة تولية المحكم سلطة مؤقتة، تنتهي بانتهاء مهمة التحكيم أو بصدور الحكم، وتسمح إرادة الخصوم في حالات خاصة تمديد هذه السلطة بما يخدم موضوع التحكيم من النواحي الإجرائية، ولا يسمح بالتوسع في النطاق الزمني لهذه السلطة بأكثر مما نص عليه العقد أو خولته إرادة الخصوم، لأنها من أحكام الضرورة، والضرورة تقدر بقدرها.

٦- يرد التحكيم على كل نزاع يتعلق بالحقوق والعقود التي لا تتعارض مع حق الله أو النظام العام، ويمكن تفسيره – أي المحل – في نطاق المعاملات بأنه ما يقبله القانون المدني بمفهومه الضيق او القانون التجاري بمفهومه الموسع، ويبطل حكم المحكم إذا قضى فيما لا يجوز التحكيم فيه.

٧- الخصوصية الاتفاقية في عقد التحكيم والتنظيمات القانونية الحديثة ومن ضمنها المعايير الشرعية ؛ تخول للأطراف إعفاء المحكم من التقيد بإجراءات المرافعات وأصول التقاضي سواء كان تحكيماً عادياً أو تحكيماً بالصلح، إلا ما أمكن تصور حاجة التحكيم إليه، فإنه يكون ملزماً، وهي القواعد التي تضمن حق الخصم في الدفاع وحماية حقه وفق ما تقرره الضمانات الأساسية في أصول التقاضي، وإن لم تراعى مثل هذه القواعد كان ذلك سبباً مقنعاً في إبطال الحكم.

٨- اتفق الفقهاء على أن حكم المحكم يجب أن يصدر خالياً من العيوب المبطلة له، سواء كانت عيوباً شكلية أو موضوعية، إلا أن صدور الحكم وفق أصوله المشروعة لا يمنع أن يتبعه طلب بالطعن إذا كان لهذا الطلب بالطعن مايبرره، لأن الرجوع إلى الحق أولى من التمادي بالباطل.

٩- ذهب جمهور الفقهاء إلى أن حكم المحكم يملك الحجية التي تقتضي التنفيذ إذا صدر صحيحاً موافقاً لأصوله، ولا يصح للمحتكمين الامتناع عن تنفيذ الحكم بعد صدوره،وهو الرأي الرجح والموافق للواقع التطبيقي لتنظيم العمل بالتحكيم، وخالف بعض الفقهاء في أن الحكم لا يحوز الحجية إلا بإجازة الطرفين، وأن هذه الإرادة هي التي تقرر حجية الحكم.

١٠- حكم المحكم ملزم بالنسبة لأطراف النزاع – باستثناء ما قرره الحنفية في حالة حكم المحكم بما يخالف رأي القاضي في المجتهدات – فإن الحكم عندهم غير لازم إلا إن أجازه القاضي، إلا أن الراجح والمعمول به أن الحكم بمجرد صدوره يحقق أثره الإيجابي في لزوم الحكم ووجوب التنفيذ وأثره السلبي في منع نقض الحكم مادام غير مخالف لأصول التشريع.

١١- يمتلك القانون الإسلامي بمرونة أحكامه وسعة قواعده أن يكون قابلاً للتطبيق على المنازعات الدولية ولا يتأثر بفكرة تنازع القوانين، لأنه يقرر من خلال أحكام التعامل مع أهل الذمة وعقود الاستئمان حلولاً موضوعية ذات طابع دولي دون أن تخرق الحماية التي يوفرها للنظام العام للدولة الإسلامية، أو تخل بالروابط والمواثيق بالنسبة للقضايا ذات العنصر الأجنبي.

١٢- يقبل حكم التحكيم قاعدة تجزؤ البطلان، ولا داعي لإهدار الحكم كله، إن كان يمكن استدراك التصويب والتصحيح للجزئيات التي وقع فيها الخطأ، أما إذا كان الخطأ إثر تجاوز المحكم لحدود المسألة التي تضمنها الاتفاق فعندئذ يبطل ما تجاوز حدود السلطة المخولة له إلا إن رضي الخصوم بذلك، وتكون موافقتهم إجازة منهم لحكم المحكم، والإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة.

١٣- تقرر الشريعة الإسلامية والتوجهات الحديثة للأنظمة القضائية أن الدولة التي ترضخ لعقد التحكيم تلزم بتحمل تبعات هذا الالتزام ولا يسمح لها بالتحلل من آثاره، ويعني ذلك نزولها عن التمسك بحصانتها، وإلا كان التحكيم لغواً لا فائدة منه.

١٤- في عقود الامتياز البترولي يجب أن ينظر في النزاع القائم على اعتبار أنه حق مقيد متى قبل المستفيد هذا الحق فإنه يقبله بالقيود المقررة في صدده، ومتى منحت الدولة هذا الحق لمن يمارسه فإنها أيضاً تتقيد بتلك القيود وتتقيد بتلك الحقوق التي منحتها للمستفيد فإذا ورد شرط التحكيم في عقود البترول فإنه يكيف وفق هذه الطبيعة التعاقدية، وليست له صفة لائحية لأنه

يتصل بطريق مباشر أو غير مباشر بالضمان المقرر للشركة في الحصول على مقابل للجهود التي تبذلها والأموال التي تقوم بتوظيفها، أو يتصل بالتوازن المالي للمتعاقدين

١٥- ينبغي تفعيل دور الرقابة الشرعية في تنظيم إجراءات التحكيم، وعدم السماح بالممارسات الخاطئة التي من شأنها أن تقوض معاملات الاستثمار المحلية والدولية.

**التوصيـــات:**

١ - ينبغي مراجعة وتطوير ما يتعلق بالنسبة للمدد المعتبرة في كافة إجراءات التحكيم، خاصة إذا كان النزاع متعلقاً بالمعملات المصفية، ويمكن وضع استثناءات إذا كانت طبيعة النزاع ترتب مخاطر نتيجة لتلك المدد.

٢- تعاني المؤسسات المصرفية الإسلامية من ضعف فيما يتعلق بالاتفاقيات التعاونية وهو ما يشكل سداً أمام العمل بالتحكيم، فلا بد من بذل الجهود في توطيد العلاقة بين المؤسسات من خلال إنشاء صندوق للتضامن والتكافل لمواجهة أي تعثر ممكن ومواجهته بأسلوب جماعي.

٣- ينبغي وجود مبادرات فعالة في إيجاد معايير موحدة بين المؤسسات المالية الإسلامية لتلبية كافة احتياجات الصناعة المالية، لتوفر الوقت والجهد في حال نشوء نزاع تحكيمي، ولتراعي خصوصية بعض المعاملات كالمصارف والعقود الإلكترونية وحاجتها إلى تنظيم خاص.

## المصادر والمراجع

١- أحدب، عبد الحميد، **إجراءات التحكيم**،الإمارات، المؤتمر السنوي السادس عشر( التحكيم التجاري الدولي)

٢- ابن الأزرق، **بدائع السلك**، تحقيق د. علي سامي النجار، العراق، وزارة الإعلام، ط١

٣- الأسيوطي، شمس الدين محمد بن أحمد ت٨٨٠ هـ (٢٠٠٠)، **جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود**، بيروت: دار اليوسف.

٤- الأصفهاني، أبو القاسم راغب الحسين بن محمد (1906)،**المفردات في غريب القران**،المطبعة اليمن، القاهرة.

٥- الأقفهسي، أحمد بن عماد (٢٠٠٠)، **توقيف الحكام على غوامض الأحكام**، السعودية: دار ابن الجوزي.

٦- أمير بادشاه، محمد أمين بن محمود البخاري، ٩٧٢ هـ (١٩٨٣)، **تيسير التحرير**، بيروت: دار الكتب العلمية.

٧- البابرتي،محمد بن محمد تـ٧٨٦هـ، **العناية شرح الهداية**، تحقيق دار إحياء التراث.

٨- الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف، تـ ٤٠٣ هـ،(١٩٩٩)، **المنتقى شرح موطأ مالك**، بيروت: دار الكتب العلمية.

٩- باعمر، احمد سالم (٢٠٠٥ )، **الفقه السياسي للحصانة الدبلوماسية**، عمان، دار النفائس

١٠- البجيرمي، سليمان بن عمر بن محمد ت ١٢٢١هـ، **حاشية البجيرمي على شرح منهاج الطلاب** – المكتبة الإسلامية.

١١- البحيري، عزت (١٩٧٧)، **تنفيذ الاحكام الاجنبية**، القاهرة: دار النهضة العربية

١٢- البخاري، أبو عبدالله محمد بن إسماعيل،(١٩٨٧ ) **الجامع الصحيح** (ط٣ )، بيروت، دار ابن كثير اليمامة – بيروت

١٣- البخاري، عبد العزيز بن أحمد (١٣٠٨)،**كشف الاسرار على اصول البزدوي**، ج٤، اسطنبول: شركة الصحافة العثمانية.

14- البديرات، محمد أحمد، **مدى سلطة القاضي في التدخل في إجراءات التحكيم**، الإمارات، المؤتمر السنوي السادس عشر ( التحكيم التجاري الدولي ).

15 – البزازي، محمد بن محمد بن شهاب ت ٨٢٧ هـ (٢٠٠٩)، **الفتاوى البزازية، أو، الجامع الوجيز في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان** ، بيروت: دار الكتب العلمية.

16- البشتاوى، محمد سليم، **جواهر الروايات ودرر الدرايات فى الدعاوى والبينات**، المطبعه الشرفيه, القاهرة

١٧- أبو البصل، عبد الناصر موسى (٢٠٠٠)، **نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون**، (ط١)، عمان: دار النفائس.

١٨- بندق، وائل أنور، بطلان حكم التحكيم، **مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية**، مصر: جامعة الإسكندرية.

١٩ - البهوتي، منصور ابن إدريس تــ ١٠٥١هــ (١٤٢٣هــ )، **كشاف القناع**،٦م، تحقيق هلال مصيلحي و مصطفى هلال، بيروت: دار الفكر.

٢٠ - **شرح منتهى الإرادات**، ط ٢، بيروت:عالم الكتب.

٢١- البيضاوي تــ ٦٨٥هــ، **تفسير البيضاوي**، بيروت: دار الفكر.

٢٢- التحيوي، محمود السيد (٢٠٠٣)، **الطبيعة القانونية لنظام التحكيم**، الإسكندرية: منشأة المعارف.

٢٣- **انواع التحكيم وتمييزه عن الصلح والوكالة والخبرة**،(٢٠٠٢) الإسكندرية:دار المطبوعات الجامعية.

24- **الوسيلة الفنية لأعمال الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم** ،ط١، (٢٠٠٠)، الإسكندرية: منشأة المعارف.

٢٥- التسلوي، أبو الحسن علي بن عبد السلام ( ١٩٩٨ ) **البهجة في شرح التحفة**، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١

٢٦- التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر ٧١٢-٧٩٣ هــ (١٩٩٨)، **التلويح إلى كشف حقائق التنقيح**، بيروت: دار الارقم بن ابي الارقم.

٢٧- ابن تيمية، أبو العباس احمد عبد الحليم ت ٧٢٨ ه، **مجموع الفتاوي**، (ط٢)، تحقيق عبد الرحمن محمد قاسم العاصمي النجدي، مكتبة ابن تيمية.

٢٨- جعيط، سيدي محمد العزيز، **الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية**، (ط٢)، تونس،سوق العطارين، مكتبة الاستقامة.

٢٩- جمال، مصطفى محمد وعكاشة عبد العال (١٩٩٨)، **التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية**، (ط١)، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

٣٠- حداد، حفيظة السيد، **الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية**، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي..

٣١- حداد، حمزة احمد (٢٠٠٨)، **التحكيم في القوانين العربية**، (ط٢)، عمان: المعهد العربي للتحكيم والتسويات البديلة.

٣٢- حزبون، جورج ( ١٩٨٦)، **الاتجاهات الدولية في التحكيم الدولي الخاص**، الكويت، مجلة الحقوق.

٣٣- حزبون، جورج (١٩٩٣ )، **معوقات التحكيم ودور الرقابة القضائية التالية على انتهاء اجراءاته**. الجامعة الأردنية، مجلة دراسات، المجلد ١٢ ( أ )، العدد ٢.

٣٤- حزبون، جورج و عبيدات، رضوان ( ٢٠٠٦ )،**إلزامية قرارات التحكيم وقوتها التنفيذية في التحكيم المحلي والدولي. الإمارات**، مجلة الشريعة والقانون، العدد السادس

٣٥- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد ٤٥٦ هـ، **المحلى**، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، بيروت: دار الآفاق الجديدة.

٣٦- حشيش، احمد (٢٠٠٢)، **القوى التنفيذية لحكم التحكيم: تميزها، مفترضها، عناصر وقفها، انقضاءها**، الاسكندرية: دار الفكر الجامعي.

٣٧- حطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد الرعيني ت ٩٥٤ هـ (٢٠٠٣)، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، الرياض: دار عالم الكتب.

٣٨- حنفي، إبراهيم بن أبي اليمن محمد ت٨٦١ هـ (١٨٨١)، **لسان الحكام في معرفة الأحكام لابن الشحنة**، الإسكندرية: مطبعة جريدة البرهان.

٣٩- ابن حيان، محمد ابن يوسف ت ٧٤٥ ه (٢٠٠١)، **تفسير البحر المحيط**، تحقيق عادل احمد عبد الموجود و الشيخ علي محمد معوض، بيروت: دار الكتب العلمية.

٤٠- حيدر، علي (١٩٢٣ )، **أصول استماع الدعوى الحقوقية**، نقلها إلى العربية: فائز خوري، دمشق، مطبعة الترقي.

٤١ - **درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مجلة الأحكام العدلية**، (٢٠١٠) دار الثقافة للنشر والتوزيع.

٤٢ - الخرشي، أبو عبد الله محمد بن عبد الله، ت١١٠١ هـ (١٩٩٧)، **حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل**، بيروت: دار الكتب العلمية..

٤٠- الخصاف، ابو بكر احمد بن عمر بن مهير الشيباني ت٢٦١ هـ (١٩٩٤)، **شرح أدب القاضي**، بيروت: دار الكتب العلمية.

٤١- الخصاونة، أحمد سليمان (٢٠٠٨ )، **المصارف الإسلامية**،(ط١)، عمان، الأردن، عالم الكتب الحديث.

٤٢- الدرادكة، لافي (٢٠١١)، أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقات والعقود والاستثمارية ومخاطرة على التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات. **مؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية واثرها في التنمية الاقتصادية.**

٤٣- الدردير، سيدي أحمد أبو البركات، **الشرح الكبير**، تحقيق محمد عليش، بيروت، دار الفكر.

٤٤- ابن أبي الدم، شهاب الدين أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الله الحموي ت ٦٤٢ هـ (١٩٨٤)، **أدب القضاء**، بغداد: وزارة الأوقاف والشئون الدينية.

٤٥- راتب، محمد علي (١٩٨٥)، **قضاء الأمور المستعجلة**، القاهرة: عالم الكتب.

٤٦- الرازي، محمد بن أبي بكر ابن عبد القادر ت ٧٢١هـ،(١٤١٥هـ، ١٩٩٥م)، **مختار الصحاح**، م١، تحقيق محمود خاطر، بيروت: مكتبة لبنان.

٤٧- الرحيباني، مصطفى السيوطي ( ١٩٦١ )، **مطالب أولي النهى**، دمشق، المكتب الإسلامي.

٤٨- الرملي،محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين، ت١٠٠٤ هـ، **حاشية الرملي**، بيروت: دار الفكر.

٤٩- الزبيدي،محمد مرتضى الحسيني، **تاج العروس من جواهر القاموس**، دارالهداية

٥٠- الزحيلي، محمد مصطفى (١٩٨٢)، **وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية**، دمشق: مكتبة دار البيان.

٥١- الزحيلي، وهبة (١٩٨٥)، **نظرية الضرورة الشرعية**، بيروت: مؤسسة الرسالة.

٥٢- الزرقا، مصطفى احمد (٢٠٠٤)، **المدخل الفقهي العام**، جدة: دار البشير للنشر.

٥٣- الزرقا، أحمد ت ١٣٥٧ هـ، **شرح القواعد الفقهية**، دار القلم.

٥٤- الزركشي، شمس الدين أبي عبدالله محمد ابن عبدالله الحنبلي ت٧٧٢هـ (١٤٢٣ه)، **شرح الزركشي**، ط١، ٣م، قدم له ووضع حواشيه عبد المعم خليل إبراهيم، بيروت: دار الكتب العلمية.

٥٥- الزمخشري، أبو القاسم جارالله محمود بن عمر(١٩٩٦)، **الفائق في غريب الحديث**، دار الكتب العلمية، بيروت.

٥٦- الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي تـــ ٧٤٣هــ (١٣١٣ه)، **تبيين الحقائق**، القاهرة: دار الكتب الإسلامي.

٥٧- سامي، فوزي احمد (٢٠٠٦)، **التحكيم التجاري الدولي: دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في القواعد والاتفاقات الدولية والاقليمية والعربية مع إشارة الى أحكام التحكيم في التشريعات العربية**، عمان: دار الثقافة

٥٨- سامية راشد، (١٩٨٤)، **التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة**، القاهرة: دار النهضة العربية.

٥٩- السبكي، تقي الدين علي بن عبد الكافي ت ٧٥٦هـــ، **فتاوى السبكي**، دار المعرفة.

٦٠- السرخسي، ابو بكر محمد ابن احمد ابن السهل ت ٤٨٣ه (١٩٨٧)، **المبسوط**، (ط١٦)، بيروت: دار المعرفة.

٦١- السرطاوي، محمود علي، (٢٠٠٧ ) **التحكيم في الشريعة الإسلامية**، (ط١ )، عمان، دار الفكر.

٦٢ – السمناني، أبو القاسم علي بن محمد ٤٩٩ هــ (١٩٨٤)، **روضة القضاة وطريق النجاة**، بيروت: مؤسسة الرسالة.

٦٣- السنهوري، عبدالرزاق (٢٠٠٠ )، **الوسيط في شرح القانون المدني**،ط٣ بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية.

٦٤- السيد، احمد علي (٢٠٠٧)، **مدى حاجة منازعات الاستثمار الى محكمة مختصة**، مؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية واثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية. الإمارات

٦٥- سيد، احمد قمحة عبد الفتاح (١٩٢٥)، **شرح لائحة الإجراءات الشرعية والقوانين واللوائح المرتبطة بها**، القاهرة: المطبعة الرحمانية.

٦٦- سيدة، أبو الحسن علي بن إسماعيل (٢٠٠٠)، **المحكم والمحيط الأعظم**، ج٨، بيروت: دار الكتب العلمية.

٦٧- السيواسي،كمال الدين محمد بن عبد الواحد، ٨٦١ هــ (١٩٩٥)، **شرح فتح القدير**، بيروت: دار الكتب العلمية.

٦٨–السيوطي، جلال الدين أبو الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر الخضيري ت ٩١١ هـ (٢٠٠١)، **الأشباه والنظائر**، بيروت: دار الكتب العلمية.

٦٩– الشاطبي، ابراهيم بن موسى الخمي المالكي ت ٧٩٠ ه (٢٠٠٦)، **الموافقات**، تحقيق عبدالله دراز، القاهرة: دار الحديث للنشر.

٧٠– الشافعي، أبو عبدالله محمد ابن إدريس،( تـ ٢٠٤هـ )، **الأم**، ط٢، ٤م، دار المعرفة بيروت، ١٣٩٣هـ

٨٠ – شحاتة، محمد نور (١٩٩٣)، **النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين: نطاقها ومضمونها: دراسة مقارنة**، القاهرة: دار النهضة العربية.

٨١– الشربيني الخطيب، شمس الدين محمد بن أحمد ت ٩٧٧ هـ، **الإقناع في حل الفاظ ابي شجاع**،تحقيق مكتب البحوث والدراسات، بيروت، دار الفكر.

٨٢– (١٩٧٠)، **مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج**، بيروت: دار الفكر.

٨٣– الشرواني، عبد الحميد ت ٩٩٤ هـ (١٩٩٦)، **حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج**، بيروت: دار الكتب العلمية.

٨٤– شفيق، محمد (١٩٩٧)، **التحكيم التجاري الدولي: دراسة في قانون التجارة الدولية**، القاهرة: دار النهضة العربية.

٨٥– شيخ نظام وجماعة من علماء الهند (١٤١١ ه)، **الفتاوى الهندية**، ٦م، بيروت: دار الفكر.

٨٦– شيخي زاده، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان ١٠٧٨ هـ، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**، دار الطباعة العامرة، ١٩٠١

٨٧– الشيرازي، أبوإسحق إبراهيم بن علي ت ٤٧٦ هـ (٢٠٠٨)، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، بيروت: دار الكتب العلمية.

٨٨– الصابيء، أبو الحسن هلال بن محسن،تـ ٣٥٩ هـ،(٢٠٠٣). **رسوم دار الخلافة**، دار الافاق العربية، القاهرة

٨٩– الصاوي، أحمد بن محمد (١٩٩٥)، **بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للقطب سيدي احمد الدردير**،تحقيق محمد عبد السلام شاهين، بيروت: دار الكتب العالمية.

٩٠– الطبراني، أبو القاسم سليمان ابن أحمد تـ ٣٦٠هـ، **المعجم الأوسط**، ١٠ م، تحقيق طارق عوض الله محمد وعبد المحسن إبراهيم الحسيني، القاهرة: دار الحرمين.

٩١- الطبري، محمد ابن جرير ابن يزيد ابن خالد تـ ٣١٠هـ (١٤٠٥هـ )، **جامع البيان عن تأويل آي القرآن**، خليل الميس مقدم و صدقي جميل العطار مخرج الأحاديث، بيروت: دار الفكر.

٩٢- الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة تـ ٣٢١هـ (١٩٧٤)، **الشروط الصغير: مذيلا بما عثر عليه من الشروط الكبير**، تحقيق روحي أوزجان، بغداد: مطبعة العاني.

٩٣- الطرابلسي، خليل علاء الدين بن علي (١٩٧٣)، **معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الاحكام**، مصطفى البابي الحلبي، القاهرة.

٩٤- ابن عابدين تـ ١٢٥٢هـ (١٤٢١ ﻫ)، **حاشية رد المحتار**، ٨م، بيروت: دار الفكر.

٩٥- عبد العزيز، محمود (١٩٩٧)، **التحولات المنشودة في الصناعة المصرفية العربية/المصارف الشاملة والمنطقة العربية.** اتحاد المصارف العربية ضمن سلسلة أبحاث لمجموعة مؤلفين بعنوان: الصناعة المصرفية العربية وتحديات القرن الحادي والعشرين.

٩٦- عبد الفتاح، عزمي عطية،( ١٩٨٣ )، **تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية**، القاهرة، المطبعة الصناعية.

٩٧- العبدري، أبو عبدالله محمد ابن يوسف ابن أبي القاسم، تـ ٨٩٧هـ (١٣٩٨هـ)،**التاج والإكليل**، ط٢، ٦م، بيروت: دار الفكر.

٩٨- العدوي، علي الصعيدي تـ ١٤١٢هـ، **حاشية العدوي**،٢م، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، بيروت: دار الفكر.

٩٩- ابن عربي، أبو بكر محمد ابن عبدالله ت٥٤٣هـ، **أحكام القرآن**، تحقيق محمد عبد القادر عطا، بيروت: دار الفكر.

١٠٠- العرنوس، محمود محمد 1374هـ (١٩٣٤)، **تاريخ القضاء في الإسلام**، المطبعة المصرية الاهلية الحديثة.

١٠١- العطار، محمد بن أحمد الأموي ت٣٩٩ هـ (١٩٨٣)، **كتاب الوثائق والسجلات**، مدريد: المعهد الاسباني العربي للثقافة.

١٠٢- عليش، محمد تـ ١٢٩٩هـ (١٤٠٩هـ)، **منح الجليل**، ج٨، بيروت: دار الفكر.

١٠٣- عيد، عارف ( ٢٠٠٨)، **الحصانات الدبلوماسية بين الإسلام والقانون الدولي**، الإمارات، مجلة الشريعة والقانون.

١٠٤- فتحي والي(٢٠٠٧ )، **قانون التحكيم في النظرية والقانون**، ط١، الإسكندرية، منشأة المعارف

١٠٥- فرحون، برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم ابن الإمام شمس الدين أبي عبد الله،(٢٠٠١)، **تبصرة الحكام**، بيروت، دار الكتب العلمية.

١٠٦- فضل الموصلي، مجد الدين أبو الفضل عبد الله بن محمود بن مودود ت٦٨٣ هـ (٢٠٠٢)، **الاختيار لتعليل المختار**، بيروت: المكتبة العصرية.

١٠٧- قاضي سماونة، محمود ابن إسرائيل تـ ٨٢٣ هـ، **جامع الفصولين**، مصر، المطبعة الأزهرية.

١٠٨- قدامة المقدسي، أبو محمد عبدالله ت٦٢٠ (٢٠٠٣)، **الكافي في فقه ابن حنبل**،٤م، بيروت: المكتب الإسلامي.

١٠٩- ابن قدامة، ابو محمد عبدالله ابن احمد ت ٦٢٠ ه (١٤٠٥ ه)، **المغني**، (ط١)، بيروت: دار الفكر.

١١٠- قراعة، محمود علي (١٩٧٩)، **ملخص كتاب الأصول القضائية في المرافعات الشرعية**، القاهرة: مكتبة مصر.

١١١- القرافي، شهاب الدين أحمد ابن إدريس تـ ٦٨٤هـ (١٩٩٤)، **الذخيرة**، ١٤م، تحقيق محمد حجي، بيروت: دار الغرب.

١١٢- (١٩٢٥)، **الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق**، مكة المكرمة: دار إحياء الكتب العربية.

١١٣- القرة داغي، علي محيي الدين (١٩٨٥)، **مبدأ الرضا في العقود ج١: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني: الروماني والفرنسي والانجليزي والمصري والعراقي**، بيروت: دار البشائر الاسلامية.

١١٤- القزويني، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، ت 395-312 هـ (١٩٩٩)، **معجم مقاييس اللغة**، بيروت: دار الكتب العلمية.

١١٥- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري ت٦٧١ هـ (٢٠٠٣)، **الجامع لأحكام القرآن**، بيروت: دار الفكر.

١١٦- قصبي،عصام الدين، (١٩٩٨)، **النفاذ الدولي لأحكام التحكيم**، مصر، دار النهضة العربية.

١١٧- القضاة، مفلح عواد ( ١٩٩٨ )، **أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي**،(ط٢) عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع.

١١٨- القضاة، نوح علي سلمان تـــ١٤٣٢هـــ (٢٠١٠)، **إبراء الذمة من حقوق العباد**، (ط١)، عمان: دار الفتح للدراسات والنشر.

١١٩- ابن قيم الجوزية، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر ٧٥٢ هـــ (٢٠٠٥)،**إعلام الموقعين عن رب العالمين**، الرياض: دار طيبة.

١٢٠-(٢٠٠٢)، **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**، بيروت: المكتب الإسلامي.

١٢١- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، ت 587هـــ (١٩٩٨)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، بيروت: دار إحياء التراث العربي.

١٢٢- الكتاني، الشيخ عبد الحي، **التراتيب الإدارية نظام الحكومة النبوية**، بيروت، دار الكتاب العربي.

١٢٣- ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل ابن عمر، ت ٧٧٤هـــ،، **تفسير القرآن العظيم**، دار الفكر بيروت، ١٤٠١هـــ.

١٢٤- ابن مازة، برهان الدين،محمود بن أحمد بن الصدر الشهيد ج٣، **المحيط البرهاني**، دار إحياء التراث العربي، مكتبة المصطفى.

١٢٥- المالكي، أبي عبد الله محمد (٢٠٠٠)، **شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام مع حاشية المعداني ط١**، بيروت: دار الكتب العلمية.

١٢٦- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب ت ٤٥٠ هـــ،(١٩٧١)،**أدب القاضي إحياء التراث الإسلامي**، بغداد: رئاسة ديوان الأوقاف.

١٢٧- (١٩٨٥)، **الاحكام السلطانية والولايات الدينية**، (ط١)، بيروت: دار الكتب العلمية.

١٢٨- مبروك، عاشور (٢٠٠٥)، **النظام القانوني لتنفيذ احكام التجكيم: دراسة تحليلية وفقا لأحدث التشريعات والنظم المعاصرة**، المنصورة: دار الفكر والقانون

١٢٩- محادين، جلال وفاء (٢٠٠١)، **التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار**، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر

١٣٠- المرداوي، أبو الحسن علي بن سليمان- ت ٨٨٥ ه (١٩٨٠)، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام احمد بن حنبل**، (ط٢)، تحقيق محمد حامد الفقي، بيروت: دار إحياء التراث.

١٣١- المرغيناني، برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر ت ٥٣٠-٥٩٣ هـ (١٩٩٧)، **الهداية شرح بداية المبتدي**، بيروت: دار الأرقم.

١٣٢- المصري، حسني (٢٠٠٦ )، **التحكيم التجاري الدولي**، القاهرة، دار الكتب العلمية.

١٣٣- ابن مفلح، برهان الدين أبو اسحق إبراهيم بن محمد ٨٨٤ هـ (٢٠٠٣)، **المبدع في شرح المقنع**، المكتب الإسلامي، الرياض: دار عالم الكتب.

١٣٤- المليباري، زين الدين بن عبد العزيز المعبري ت ٩٨٧ هـ (٢٠٠٤)، **فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين**، بيروت: دار ابن حزم.

١٣٥- المناوي، زين الدين محمد بن عبد الرؤوف ١٣٥٦ هـ، **فيض القدير شرح الجمع الصغير**، ط(١)، مصر: المكتبة التجارية الكبرى.

١٣٦- ابن منظور،محمد بن مكرم، **لسان العرب**، دار إحياء التراث العربي

١٣٧- منلا خسرو،محمد بن علي الرومي، تـ٨٨٥هـ، **درر الحكام في شرح غرر الأحكام**، الشركة الصحافية العثمانية الأستانية

١٣٨- ناجي ناصر حسن (١٩٨٩)،" **الفيومي ومعجمه** " **المصباح المنير**، جامعة البصرة.

١٣٩- ابن نجيم، زين الدين ت ٩٧٠ ه، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، (ط٨)، ٦ م، بيروت: دار المعرفة.

١٤٠- نقابة المحامين الأردنيين (١٩٨٧)، **مجلة نقابة المحامين**، العددان (١١و١٢)، عمان.

١٥٠- النووي، أبويحيى زكريا بن محمد، (٢٠٠٠)، **أسنى المطالب شرح روض الطالب**،(ط١ )،تحقيق محمد محمد تامر، بيروت، دار الكتب العلمية.

١٥١- **روضة الطالبين**،(١٤٠٥هـ )، ط٢، ١٢م، بيروت: المكتب الإسلامي.

١٥٢- هشام خالد(٢٠٠٦)، **معيار دولية التحكيم التجاري: دراسة مقارنة في الأنظمة القانونية اللاتينية و الأنجلوسكسونية و العربية، الاتفاقيات الدولية**، الاسكندرية: منشأة المعارف.

١٥٣- هشام، جمال الدين أبو محمد عبد الملك بن هشام الحميري ٢١٣ هـ (٢٠٠٧)، **السيرة النبوية**، القاهرة: مكتبة الرحاب.

١٥٤- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (٢٠٠٩)، **المعايير الشرعية: النص الكامل للمعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية**، المنامة.

١٥٥- هيئة المحاسبة والمراحعة للمؤسسات المالية الاسلامية (٢٠١٠)، **المعايير الشرعية**، البحرين.

١٥٦- والي، فتحي (١٩٩٣)، **الوسيط في قانون القضاء المدني**، القاهرة: دار النهضة العربية.

١٥٧- أبو الوفا، أحمد،( ١٩٩٠)، **المرافعات المدنية والتجارية**،منشأة المعارف بالإسكندرية، ط١

١٥٨- ( ٢٠٠٧ ) **عقد التحكيم واجراءاته**،الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية.

١٥٩- (١٩٨٩) **نظرية الاحكام في قانون المرافعات**، (ط ٦)، الاسكندرية: منشأة المعارف.

١٦٠- ياسين، محمد نعيم (١٩٨٤)، **حجية الحكم القضائي بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية**، (ط١)، عمان: دار الفرقان للنشر والتوزيع.

١٧٠- (٢٠٠٣) **نظرية الدعوى بين الشريعة الاسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية**، الرياض: دار عالم الكتب.

١٧١- يونس، محمود مصطفى،(١٩٩٨)، **قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، دار النهضة العربية**، ط١.

# الملاحـــــق

## أولاً: المعيار الشرعي رقم ( ٣٢)

## هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية

## ( التّحكيـــم )

### نص المعيار

**١- نطاق المعيار**

يتناول هذا المعيار التحكيم في المعاملات المالية والأنشطة والعلاقات التي تتم بين المؤسسات، أو بينها وبين عملائها، أو موظفيها أو أطراف أخرى، سواء أكانوا في بلد المؤسسة أم في بلد آخر.

**٢- تعريف التحكيم**

١/٢ التحكيم: اتفاق بين طرفين أو أكثر على تولية من يفصل في منازعة بينهم بحكم ملزم

٢/٢ التحكيم المقصود في هذا المعيار هو ( التحكيم الإسلامي) وهو الذي تطبق فيه أحكام ومبادي الشريعة الإسلامية

**٣- صور اللجوء التحكيم وطرفاه**

١/٣ التحكيم إما أن يصار إليه باتفاق حين نشوء النزاع، وإما أن يكون تنفيذا لاتفاق سابق على اشتراط المصير الى التحكيم بدلاً من اللجوء الى القضاء، وقد يصار الى الاتفاق على التحكيم بالزام قانوني.

٢/٣ يجب النص على وجوب الرجوع الى التحكيم الإسلامي في الاتفاقيات التي لا يمكن تقييد الرجوع فيها للقوانين بعدم التعارض مع الشريعة الإسلامية.

٣/٣ طرفا التحكيم هما المتنازعان طالبا التحكيم، وقد يكونان أكثر من اثنين.

**٤- مشروعية التحكيم**

التحكيم مشروع سواء تم بين شخصين طبيعين أم اعتباريين، أم بين شخص اعتباري وشخص طبيعي.

**٥- صفة التحكيــم**

١/٥ التحكيم لازم في الحالات التالية:

أ- إذا نص في العقد على اشتراط التحكيم.

ب- اذا اتفقا على التحكيم بعد نشوء نزاع وتعهدا بعدم الرجوع عنه.

٢/٥ التحكيم غير لازم في حق المحكم بغير أجر، فيجوز للمحكم أن يعزل نفسه بعد قبوله. أما إذا كان التحكيم بأجر فهو لازم للمحكم فإن عزل المحكم نفسه وترتب على ذلك ضرر فعليّ فإنه يتحمل مقداره الضرر. ( وينظر المعيار الشرعي رقم (٣٤) بشأن إجارة الاشخاص)

**٦- أركان عقد التحكيم**

١/٦ ركن التحكيم الصيغة ( تبادل الإيجاب والقبول ) بين طالبي التحكيم والمحكم.

٢/٦ يشترط لصحة التحكيم ما يأتي:

أ- قيام نزاع بين طرفين أو أكثر حول حق مشروع.

ب- اتفاق طرفي النزاع على التحكيم وتراضيهما على قبول حكم المحكم.

ج - قبول المحكم لمهمة التحكيم.

**٧- مجال التحكيم ( ما يجري فيه التحكيم شرعاً)**

١/٧ يجوز التحكيم في كل ما يصلح لكل واحد من الطرفين ترك حقه فيه.

٢/٧ ولا يجوز التحكيم فيما يأتي:

أ- كل ما هو حق لله تعالى مثل الحدود.

ب- كل ما يستلزم الحكم فيه إثبات حكم أو نفيه بالنسبة لغير المحتكمين.

٣/٧ إذا قضى المحكم فيما لا يجوز فيه التحكيم فحكمه باطل ولا ينفذ.

**٨- صفات المحكم وتعيينه**

١/٨ يشترط في المحكم أن تتوافر فيه أهليه الأداء الكاملة.

٢/٨ الأصل أن يكون المحكم مسلماً، وإذا دعت الحاجة المتعينة الى اختيار محكم غير مسلم فيجوز ذلك للتوصل لما هو جائز شرعا مع مراعاة البند ١١/ ١

٣/٨ يجوز تحكيم واحد أو أكثر، والأولى أن يكون العدد فردياً، فإن لم يكن كذلك فيعين أطراف النزاع أو المتحكمون أحد المحكمين رئيسا لهيئة التحكيم، ويكون رأيه مرجحاً عند تساوي الآراء.

٤/٨ يجوز تعيين محكم واحد عن كل طرف من أطراف النزاع، كما يجوز للمحكمين المعينين عن الطرفين أن يعيّنا محكماً فيصلاً إذا أذن لهما طرفا النزاع بذلك.

٥/٨ إذا لم يعين أحد طرفي الزاع محكماً عنه تنفيذاً لشرط التحكيم في العقد يحق للطرف الآخر الرجوع للقضاء لاختيار محكم عن الطرف الممتنع إن لم يكن في شرط التحكيم نص لطريقة تعيين المحكم الآخر.

٦/٨ لا يجوز للمحكم أن يستخلف غيره إلا بإذن من اختاره للتحكيم، لأن الرضا به مرتبط بشخصه، إلا إذا كان التحكيم لمؤسسة أو لجنة تحكيمية، وكان تعيين أعضائها مراعى فيه شروط تشكيلها المعلنة.

٧/٨ لا يحق للوكيل أو المضارب الموافقة على التحكيم إلا برضا الموكل، أو أرباب المال، أو بالنص على ذلك في شروط المضاربة مثل شروط حسابات الاستثمار، ولا يكون طرفاً في التحكيم عن المؤسسة ذات الشخصية الاعتبارية إلا من يمثلها رسمياً.

**٩- مستند التحكيم**

١/٩ ينشأ مستند التحكيم عن موافقة طرفي النزاع وموافقة المحكم على مهمة التحكيم ويسمى ( عقد التحكيم) أو (اتفاق التحكيم).

٢/٩ يجب أن يشتمل مستند التحكيم على أسماء طرفي النزاع والمحكم ومجمل موضوع النزاع، والأجل المحدد للتحكيم، وأتعاب المحكم إن وجدت.

٣/٩ شرط التحكيم هو التزام طرفي عقد أو اتفاقية بإخضاع النزاعات التي تتولد عنهما للتحكيم، فإذا أدرج في أي اتفاقية أو عقد شرط التحكيم فإنه يكتفى به عن الاتفاق عند نشوء النزاع.

٤/٩ يجب على المحكم تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وإذا قيد المحكم بقانون معين فيجب عليه عدم مخالفة أحكام الشريعة.

٥/٩ يحق لطرفي التحكيم تقييد التحكيم بأي شرط مشروع يتعلق به غرض صحيح لهما، مثل إنجاز الحكم في زمن معين، أو وفقاً لمذهب معين أو قانون معين لا يخالف الشريعة الإسلامية، أو استشارة خبراء يتم تعيينهم بالاسم أو الصفة ولا يلزم المحكم برأي الخبراء.

٦/٩ إذا انتهى الأجل المحدد لإصدار الحكم دون صدوره اعتبر المحكم معزولاً إلا بموافقة طرفي النزاع على تمديد الأجل، ويعتبر لبدء المدة تاريخ اكتمال توقيع مستند التحكيم من جميع المحتكمين، ولانتهائها توقيع قرار التحكيم من جميعهم.

٧/٩ يصح شرعاً عقد التحكيم شفوياً، وينبغي في المؤسسات توثيق مستند الحكم كتابياً.

٨/٩ لا يشترط الإشهاد على الموافقة على التحكيم في مستند التحكيم، ولكن الاولى الإشهاد.

**١٠- طرق الحكم، والإجراءات والإثبات في التحكيم:**

١/١٠ يحق للمحكم الأخذ بجميع طرق الحكم المقبولة في القضاء، مثل الإقرار، والبينة (الشهادة)، والتحليف، والحكم بالنكول، ولا يحق له الحكم بعمله الشخصي. وإذا رد المحكم الشهادة لم يمتنع قبولها في تحكيم آخر أو في القضاء وإنما يمتنع قبولها إذا ردت في القضاء.

٢/١٠ يحق للمحكم طلب الوثائق والمستندات وكل ما يتعلق بموضوع النزاع أو صور عنها بعد مقارنتها بأصولها مع إطلاع الطرفين عليها لإبداء رأيهما فيها. كما يحق له طلب إفادات شفوية أو مكتوبة من طرفي النزاع أو من الشهود والرجوع إلى الخبراء عند الحاجة.

٣/١٠ لا يطلب في التحكيم تطبيق الأصول الإجرائية المطلوبة في القضاء، كما لا يلزم المحكم التقيد بالقوانين ما لم تكن من النظام العام.

٤/١٠ لا يقتصر المحكم على قواعد الإثبات المنصوص عليها قانوناً، بل يحق له الاستناد إلى أي دليل آخر لا يتنافى قبوله مع أحكام الشريعة.

٥/١٠ يصدر قرار التحكيم بالإجماع، أو بالأغلبية، وإذا تساوت الأصوات يرجح الطرف الذي فيه الرئيس، وإذا كان في مستند أو لوائح الجهة المحكمة ما ينظم ذلك على وجه آخر فيلتزم به.

**١١ –إصدار قرار التحكيم**

١/١١ يشترط لصحة قرار التحكيم اتفاق الحكم مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية.

٢/١١ ينبغي أن يتضمن قرار التحكيم النهائي الفصل في جميع نقاط النزاع وتحديد حقوق أطرافه على أساس العدل. وإذا اقتصر المحكم على معالجة بعض جوانب النزاع فإن التحكيم لا يكون تاماً لعدم إغنائه طرفي النزاع عن الرجوع للقضاء، ولهم مطالبة المحكم باستكمال القرار بقرار تحكيم إضافي للفصل في النقاط التي لم يعالجها القرار الأصلي.

٣/١١ لا يجوز تجاوز موضوع النزاع، وتعتبر القضايا الخارجة عنه ليست من صلاحيات المحكم، إلا إذا وافق طرفا النزاع على إلحاقها بموضوع التحكيم.

٤/١١ يجوز للمحكم، بناء على تقديره أو بطلب طرفي النزاع، إصدار تفسير لقرار التحكيم، وكذلك تصحيح الأخطاء المادية التي وقعت فيه.

٥/١١ يحق للمحكم تجزئة إصدار القرار بإصدار قرارات تمهيدية أو جزئية أو تحديد المسئولية دون تقدير التعويض.

١١/ ٦ الاولى بيان المستند الشرعي والقانوني لقرار التحكيم (التسبيب) وليس شرطاً إلا إذا كان القانون يشترط ذلك.

٧/١١ الأصل إصدار قرار التحكيم في مجلس يضم المحكمين إن كانوا متعددين أو أكثرهم بعد دعوتهم، ويمكن إصداره بالتمرير بعد إعداده من المحكم الفيصل أو رئيس هيئة التحكيم او أحد المحكمين بتكليف منهم وإرساله إلى باقي المحكمين لإقراره شريطة تحقق الإجماع في حالة التمرير.

١١/٨ يصدر قرار التحكيم بتوقيع جميع المحكمين في حال تعددهم بمن فيهم المعارضون مع إثبات تحفظهم أو معارضتهم، ويمكن توقيعه من اكثرية المحكمين مع بيان سبب عدم توقيع الآخرين، شريطة صدور القرار بمعرفتهم جميعاً من خلال محضر جلسة إصدار القرار.

١١/٩ يشتمل قرار التحكيم على نص الحكم وأسماء طرفي النزاع وهوياتهم وعناوينهم والإشارة إلى مستند التحكيم وتاريخه، وملخص موضوع النزاع وملخص ادعاءات طرفي النزاع ومستنداتها، وأسماء الشهود والخبراء المستعان بهم إن وجدوا، وأسماء المحكمين إن كانوا متعددين، ومكان إصدار القرار، وتاريخه، وتواقيع المحكمين، وكذلك توقيع طرفي النزاع إن أمكن، وأسباب القرار إلا إذا تضمن مستند التحكيم الإعفاء من بيانها ولم يوجد اشتراط قانوني.

١١/١٠ لا يشترط إصدار قرار التحكيم في مواجهة طرفي النزاع وإن كان الأولى إصداره بحضورهما لاختصار إجراءات التبليغ.

١١/١١ الأولى تذييل القرار بالطلب أو التوصية للجهات القضائية والجهات الرسمية المختصة لتنفيذ قرار التحكيم بجميع الوسائل النظامية المتبعة.

١١/١٢ لا يشترط رضا طرفي النزاع بقرار التحكيم، وهو ملزم لهما تلقائياً ما لم يتم نقضه لمخالفته أحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام.

١١/١٣ يجوز أن يصدر قرار التحكيم بالصلح بضوابطه الشرعية أو بالتسوية الاتفاقية.

**١٢ - إبلاغ قرار التحكيم، ونفاذه**

١٢/١ ينبغي إبلاغ طرفي النزاع بقرار التحكيم بالطرق المعتادة، ما لم يحدد مستند التحكيم أو متطلب قانوني طريقة معينة للإبلاغ ويتم إبلاغهما مع التوقيع عليه.

١٢/٢ لا يشترط لنفاذ التحكيم الإشهاد على إبلاغ طرفي النزاع قرار التحكيم او على رضائهما به، لكن الأولى الإشهاد لتجنب المنازعة.

١٢/٣ لا يشترط لنفاذ التحكيم التسجيل الرسمي لقرار التحكيم أو إيداعه في المحكمة المختصة، والأولى إجراء ذلك إذا كان إعطاء التنفيذية له قانوناً يتطلب التسجيل أو الإيداع مع مراعاة المواعيد المحددة لذلك.

١٢/٤ إذا كتب قرار التحكيم بأكثر من لغة فيجب تحديد اللغة المعتمدة عند الاختلاف.

١٢/٥ ينبغي تسليم نسخة موقعة من القرار لكل طرف من طرفي النزاع، مع احتفاظ كل واحد من المحكمين إذا كانوا متعددين بنسخة موقعة.

**١٣- تنفيذ الحكم ( الصيغة التنفيذية للحكم )، أو نقضه**

١/١٣ الأصل أن يتم تنفيذ الحكم من المحتكمين طواعية، فإن أبي أحد المحتكمين يحق للآخر رفع الأمر إلى القضاء لتنفيذه وعليه لا يصار التحكيم إذا كان لا يمكن تنفيذه.

٢/١٣ يجوز الرجوع إلى المحاكم التي لا تلتزم بالأحكام الإسلامية لإعطاء الصفقة التنفيذية لقرار التحكيم الشرعي.

٣/١٣ ليس للمحكم الرجوع عن حكمه إلا إذا صرح بأنه أخطأ فيه فله حينئذ إلغاؤه أو تعديله بمقتضى الشريعة وما يحقق العدل.

**١٤- مصروفات التحكيم، وأجور المحكم**

١/١٤ يحق للمحكم إذا لم يكن متطوعاً أو موظفاً عاماً مخصصاً للتحكيم الحصول على اجرة (أتعاب) عن مهمة التحكيم يتم الإعلان عن مقدارها أو نسبتها في شروط التحكيم المؤسسي أو يتفق عليها في مستند التحكيم.

٢/١٤ إذا كانت هناك مصروفات انتقال المحكم أو الشهود أو الخبراء أو مصروفات طباعة... الخ أو أجور للمحكم (أتعاب) فيجب النص في القرار على الطرف الذي يتحملها، مع مراعاة أن المصروفات الناشئة عن طلب أي طرف يتحملها بمفرده، والمصروفات المشتركة تقسم على أطراف النزاع ما لم يثبت سوء النية أو التسبب الضار فيها من أحدهم فيتم تحميلها له، هذا ما لم يتم الاتفاق على تحميل المصروفات والأتعاب لأحد الطرفين أو للمحكوم عليه.

**١٥- تاريخ إصدار المعيار**

صدر هذا المعيار بتاريخ ٣٠ شعبان ١٤٢٨ هـ = ١٢ أيلول ( سبتمبر) ٢٠٠٧ م.

## ثانياً: قواعد اليونسيترال للتحكيم
## ( بصيغتها المنقّحة في عام ٢٠١٠ )

### لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
### قرار اتخذته الجمعية العامة

( بناًء على تقرير اللجنة السادسة ( A/65/465 ) )

## 22/65- قواعد اليونسيترال للتحكيم

## بصيغتها المنقّحة في عام2010

إن الجمعية العامة،

إذ تشير إلى قرارها ٢٢٠٥ ( د – ٢١ ) المؤرخ 17 كانون الأول/ ديسمبر 1966 الذي أنشأت بموجبه لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، بهدف تشجيع التنسيق والتوحيد التدريجيين للقانون التجاري الدولي لمصلحة جميع الشعوب، ولا سيما شعوب البلدان النامية، وإذ تشير أيضاً إلى قرارها٣١ / ٩٨ المؤرخ ١٥ كانون الأول/ ديسمبر 1976 الذي يوصي باستخدام قواعد اليونسيترال للتحكيم[١]، وإذ تنوّه بقيمة التحكيم بصفته وسيلة لتسوية المنازعات التي قد تنشأ في سياق العلاقات التجارية الدولية، وإذ تلاحظ أن قواعد التحكيم معترف بها باعتبارها نصا ناجحا للغاية، وأنها تستخدم في طائفة واسعة من الظروف تشمل نطاقا عريضاً من المنازعات، بما فيها المنازعات بين الأطراف التجارية في القطاع الخاص والمنازعات بين المستثمرين والدولة والمنازعات بين دولة وأخرى والمنازعات التجارية التي تديرها مؤسسات التحكيم، في جميع أنحاء العالم، وإذ تدرك ضرورة تنقيح قواعد التحكيم بحيث تتوافق مع الممارسات الراهنة في التجارة الدولية ومواكبة التغيرات التي حدثت على مدى السنوات الثلاثين الماضية في ممارسات التحكيم، وإذ ترى أن قواعد التحكيم بصيغتها المنقحة في عام 2010 من أجل تجسيد الممارسات الراهنة، ستعزز كثيرا كفاءة التحكيم في إطار تلك القواعد، واقتناعاً منها بأن تنقيح قواعد التحكيم بطريقة مقبولة لدى البلدان على اختلاف نظمها القانونية والاجتماعية والاقتصادية يمكن أن يسهم كثيراً في تهيئة علاقات اقتصادية دولية متوائمة وفي استمرار تعزيز سيادة القانون، وإذ تلاحظ أن إعداد قواعد التحكيم بصيغتها المنقحة في عام 2010 كان موضوع مداولات مناسبة ومشاورات مستفيضة مع الحكومات والدوائر المعنية، وأن النص المنقح يمكن أن يتوقع منه أن يساهم مساهمة كبيرة في إرساء إطار قانوني منسّق لتسوية المنازعات التجارية الدولية بعدالة وكفاءة، وإذ تلاحظ أيضاً أن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي قامت في دورتها الثالثة والأربعين باعتماد قواعد التحكيم بصيغتها المنقحة في عام 2010 بعد إجراء المداولات المناسبة[٢]،

[1] الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الحادية والثلاثون، الملحق رقم ١٧ ( A/31/17 )، الفصل الخامس، الفرع جيم.

[2] المرجع نفسه، الدورة الخامسة والستون، الملحق رقم ١٧ ( A/65/17 )، الفصل الثالث.

١ – تعرب عن تقديرها للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لاضطلاعها بوضع واعتماد الأحكام المنقحة لقواعد التحكيم التي يرد نصها في مرفق تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عن أعمال دورتها الثالثة والأربعين[١]؛

٢ - توصي باستخدام قواعد التحكيم بصيغتها المنقحة في عام 2010 في تسوية المنازعات التي تنشأ في سياق العلاقات التجارية الدولية؛

٣– تطلب إلى الأمين العام أن يبذل قصارى جهده لضمان أن تصبح قواعد التحكيم بصيغتها المنقّحة في عام 2010 معروفة ومتاحة عموماً.

الجلسة العامة57

6 كانون الأول/ ديسمبر 2010

**قواعد اليونسيترال للتحكيم**

**( بصيغتها المنقّحة في عام 2010 )**

**الباب الأول - قواعد تمهيدية**

**نطاق الانطباق[٢]***

---

[1] المرجع نفسه، المرفق الأول.

[2] *يمكن الاطّلاعُ على بند تحكيم نموذجي خاص بالعقود في مُرفق القواعد.

**المادة1**

1- إذا اتَّفَقَ الأطرافُ على إحالة ما ينشأ بينهم من منازعات بشأن علاقة قانونية مُحدَّدَةٍ، تعاقُديَّةً كانت أم غيرَ تعاقدية، إلى التحكيم بمقتضى قواعد اليونسيترال للتحكيم، سُوِّيَت تلك المنازعاتُ عندئذ وفقاً لهذه القواعد، رهنا بما قد يَتَّفِقُ عليه الأطرافُ من تعديلات.

2 – يُفتَرَضُ أنَّ الأطرافَ في اتفاقات التحكيم المُبرمَةِ بعد 15 آب/أغسطس 2010 قد أشاروا إلى القواعد بصيغتها السارية في تاريخ بدء التحكيم، ما لم يكن الأطرافُ قد اتَّفَقُوا على تطبيق صيغة مُعيَّنَةٍ للقواعد .ولا ينطبق هذا الافتراضُ عندما يكون اتفاقُ التحكيم قد أُبرم بقبول الأطراف بعد 15 آب/أغسطس 2010 عَرْضاً قُدِّم قبل ذلك التاريخ.

٣ – تنظِّم هذه القواعدُ عمليَّة التحكيم .ولكن، إذا تعارض أيٌّ منها مع حكم في القانون المنطبق على التحكيم لا يمكن للأطراف أن يخرجوا عنه، كانت الغَلَبَةُ عندئذ لذلك الحكم.

**الإشعار وحساب المدد**

**المادة2**

١– يجوزُ إرسالُ الإشعار، بما في ذلك البلاغُ أو الخطاب أو الاقتراح، بأيِّ وسيلة اتصال توفِّر سجلا بإرساله أو تُتيحُ إمكانية توفير ذلك السجل.

٢– إذا عيَّن طرفٌ عنواناً لهذا الغرض تحديداً أو أذنت بهذا العنوان هيئةُ التحكيم، سُلِّم أيُّ إشعار إلى ذلك الطرف في ذلك العنوان، ويُعتبر الإشعارُ قد تُسُلِّم إذا سُلِّم على هذا النحو . ولا يجوز تسليمُ الإشعار بالوسائل الإلكترونية، مثل الفاكس أو البريد الإلكتروني، إلا إلى عنوانٍ معيَّنٍ أو مأذونٍ به على النحو الآنف الذكر.

٣– إذا لم يُعيَّن ذلك العنوانُ أو يؤذن به، اعتُبر أيُّ إشعار:

(أ ) قد تُسُلِّم إذا سُلِّم إلى المرسَل إليه شخصيا؛

(ب )في حُكم المتسلَّم إذا سُلِّم في مَقَرِّ عمل المرسَل إليه أو محلِّ إقامته المعتاد أو عنوانه البريدي.

٤– إذا تعذَّر تسليمُ الإشعار وفقَ الفقرة 2 أو 3 بعد بذل جهود معقولة، اعتُبر أنه قد تُسُلِّم إذا أُرسِل، برسالة مسجَّلَة أو أيِّ وسيلة أخرى تُوَفِّرُ سجلاً بالتسليم أو محاولَة التسليم، إلى آخر مَقَرِّ عمل أو مَحَلِّ إقامةٍ معتاد أو عنوانٍ بريدي معروف للمرسل إليه.

٥- يُعتَبَرُ الإشعارُ قد تُسُلِّم يومَ تسليمه وفقَ الفقرة 2 أو 3 أو4 ، أو يومَ محاولةِ تسليمه وفقَ الفقرة4 ، ويُعتَبَرُ الإشعارُ المُرسَلُ بالوسائل الإلكترونية قد تُسُلِّم يومَ إرساله، إلاّ أنّ الإشعارَ بالتحكيم المُرسَلَ على هذا النحو لا يُعتَبَرُ قد تُسُلِّم إلاّ في يوم وصوله إلى العنوان الإلكتروني للمرسَل إليه.

٦- لغرض حساب أيِّ مدة بمقتضى هذه القواعد، يبدأ سريانُ تلك المدة في اليوم التالي لتسلُّم الإشعار .وإذا كان اليومُ الأخير من تلك المدة عُطلةً رسمية أو عطلة تجارية في محلِّ إقامة المرسل إليه أو مَقَرِّ عمله، مُدِّدت تلك المدةُ حتّى أوّلِ يومِ عمل يلي انتهاءَ العطلة . وتدخل في حساب تلك المدة أيامُ العطلة الرسمية أو العطلة التجارية التي تَتَخَلَّلُهَا.

## الإشعار بالتحكيم

**المادة3**

١- يُرسِلُ الطرفُ الذي يُبادرُ باللجوء إلى التحكيم( يُسَمَّى فيما يلي" المُدَّعِي"، سواء أكان طرفاً واحدا أم أكثر)، إلى الطرف الآخر ( يُسَمَّى فيما يلي" المُدَّعَى عليه"، سواء أكان طرفاً واحداً أم أكثر) إشعاراً بالتحكيم.

٢- تُعتَبَرُ إجراءاتُ التحكيم قد بدأت في التاريخ الذي يَتَسلّم فيه المدّعَى عليه الإشعارَ بالتحكيم.

٣- يُضمَّنُ الإشعارُ بالتحكيم ما يلي:

(أ ) مُطالبةً بإحالة المنازعة إلى التحكيم؛

(ب ) أسماءَ الأطراف وبياناتِ الاتصال بهم؛

(ج ) تحديداً لاتفاق التحكيم المستظهَر به؛

(د ) تحديداً لأيِّ عقدٍ أو صكٍّ قانوني آخر نشأت المنازعةُ عنه أو بشأنه، أو وصفاً موجَزاً للعلاقة ذات الصلة في حال عدم وجود عقد أو صكٍّ من ذلك القبيل؛

(هـ ) وصفاً موجَزاً للدعوى وبياناً بقيمة المبلغ المطالَب به، إن وُجد؛

(و ) التدبيرَ الانتصافي أو التصحيحيَّ الملتمَس؛

(ز ) اقتراحاً بشأن عددِ المحكَّمين ولغةِ التحكيم ومكانه، إذا لم يكن الأطراف قد اتفقوا على ذلك من قبل.

٤- يجوز أن يُضَمَّنَ الإشعار بالتحكيم أيضا ما يلي:

(أ ) اقتراحاً بتسمية سلطة التعيين التي تشير إليها الفقرة 1 من المادة6 ؛

(ب ) اقتراحاً بتعيين المحكَّم الوحيد الذي تُشير إليه الفقرة1 من المادة8 ؛

(ج ) بَلاغاً بتعيين المحكَّم المشار إليه في المادة 9 أو المادة10 .

٥- لا يحول دون تشكيل هيئة التحكيم أيُّ خلاف يتعلق بمدى كفاية الإشعار بالتحكيم، إذ تتولّى الهيئةُ حسمَ ذلك الخلاف في النهاية.

**الرد على الإشعار بالتحكيم**

**المادة4**

١- يُرسِل المدَّعَى عليه إلى المدَّعِي، في غضون 30 يوماً من تاريخ تسلُّم الإشعار بالتحكيم، ردّاً على ذلك الإشعار يتضمّن ما يلي:

(أ ) اسمَ كُلِّ مُدّعًى عليه وبياناتِ الاتصال به؛

(ب ) ردًّا على المعلومات الواردة في الإشعار بالتحكيم، عملا بالفقرة ٣ (ج ) إلى( ز ) من المادة 3؛

٢- يجوز أن يتضمّن الردُّ على الإشعار بالتحكيم أيضا ما يلي:

(أ ) أيَّ دفعٍ بعدم اختصاص هيئة التحكيم التي ستُشكَّلُ بمقتضى هذه القواعد؛

(ب ) اقتراحاً بتسمية سلطة التعيين المشار إليها في الفقرة 1 من المادة6 ؛

(ج ) اقتراحاً بتعيين المحكَّم الوحيد المشار إليه في الفقرة 1 من المادة8 ؛

(د ) بلاغاً بتعيين المحكَّم المشار إليه في المادة 9 أو المادة 10 ؛

(ﻫ ) وصفاً موجَزاً للدعاوى المضادَّةِ أو الطلبات المقدَّمة بغرض الدفع بالمقاصّة، إن وُجدت، يتضمّن، حسب مقتضى الحال، بياناً بالمبالغ ذات الصلة والتدبير الانتصافي المُلتَمَس؛

(و ) إشعاراً بالتحكيم وفقا للمادة 3 إذا ما أقام المُدَّعَى عليه دعوى على طرف آخر في اتفاق التحكيم غير المُدَّعِي.

٣- لا يحولُ دون تشكيل هيئة التحكيم أيُّ خلاف بشأن عدم إرسال المُدَّعَى عليه ردًّا على الإشعار بالتحكيم أو إرساله ردًّا ناقصاً أو تأخُّره في الردِّ عليه، إذ تتولّى الهيئةُ حسم ذلك الخلاف في النهاية.

**التمثيل والمساعدة**

**المادة5**

يجوز لكُلِّ طرف أن يمثّله أو يساعدَه أشخاصٌ من اختياره .وتُرسَلُ أسماءُ أولئك الأشخاص وعناوينُهم إلى جميع الأطراف وإلى هيئة التحكيم. ويُحدَّد في تلك الرسالة ما إذا كان تعيينُهُم هو لغرض التمثيل أو المساعدة .وعندما يُعيَّنُ الشخصُ ليكون ممثلا لأحد الأطراف، يجوز لهيئة التحكيم، سواء من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أيٍّ من الأطراف، أن تطلب في أيِّ وقت تقديمَ ما يُثبِتُ التفويضَ الممنوحَ لذلك الممثل بالشكل الذي تقرّرُه الهيئةُ.

## سلطة التسمية وسلطة التعيين

**المادة6**

١- إذا لم يكن الأطرافُ قد اتفقوا على اختيار سلطة التعيين، جاز لأيِّ طرف أن يقترحَ في أيِّ وقت اسمَ مؤسسةٍ واحدة أو أكثر أو شخصٍ واحد أو أكثر، كالأمين العام لمحكمة التحكيم الدائمة في لاهاي( التي يُشار إليها فيما يلي ب« محكمة التحكيم الدائمة» )، لتولّي مهامِّ سُلطة التعيين.

٢- إذا انقضى 30 يوماً على تسلُّم جميع الأطراف الآخرين اقتراحاً مُقدَّماً وفقاً للفقرة 1 دون أن يتَّفق كل الأطراف على اختيار سلطة تعيين، جاز لأيِّ طرف أن يطلب إلى الأمين العام لمحكمة التحكيم الدائمة أن يسمّيَ سُلطة التعيين.

٣- إذا كانت هذه القواعدُ تنصّ على مُهلة زمنية يجب على أحد الأطراف أن يحيل في غضونها مسألةً ما إلى سلطة تعيين، ولم تكن تلك السلطةُ قد اتُّفِقَ عليها أو سُمِّيت بعدُ، أُوقِف سَريان هذه المهلة اعتباراً من تاريخ شروع ذلك الطرف في الإجراءات الخاصة بالاتفاق على سلطة التعيين أو تسميتها حتى تاريخ ذلك الاتفاق أو تلك التسمية.

٤- باستثناء ما أشير إليه في الفقرة 4 من المادة41 ، إذا رَفَضت سلطةُ التعيين أن تتصرّف، أو لم تعيِّن مُحَكَّماً في غضون 30 يوماً من تاريخ تَسلُّمها طلباً من أحد الأطراف بالقيام بذلك، أو لم تتصرف في غضون أيِّ مدة زمنية أخرى تَنُصُّ عليها هذه القواعدُ، أو لم تَبُتَّ في اعتراض على أحد المحكَّمين في غضون مدة معقولة بعدَ تسلمها طلباً من أحد الأطراف بالقيام بذلك، جاز لأيِّ طرف أن يطلبَ إلى الأمين العام لمحكمة التحكيم الدائمة أن يسمِّيَ سُلطة تعيين بديلةً.

٥- يجوزُ لسلطة التعيين وللأمين العام لمحكمة التحكيم الدائمة، لدى ممارسة وظائفهما بمقتضى هذه القواعد، أن يطلبا من أيِّ طرف ومن المحكَّمين ما يَرَيَانه ضروريا من معلومات، وعليهما أن يُتيحا للأطراف، وكذلك للمحكَّمين عند الاقتضاء، فرصةً لعرض آرائهم على أيِّ نحو يريانه

مناسبا . وتُوفِّر الجهةُ المرسِلة أيضا لجميع الأطراف الآخرين كُلَّ المراسلات الصادرة عن سُلطَةِ التعيين وعن الأمين العام لمحكمة التحكيم الدائمة والموجَّهة إليهما.

٦- عندما يُطلَب إلى سلطة التعيين أن تُعيِّنَ مُحكَّماً بمقتضى المادة ٨ أو 9 أو 10 أو14 ، يُرسِلُ الطرفُ الذي يقدّم الطلبَ إلى سُلطةِ التعيين نُسَخاً من الإشعار بالتحكيم وأيَّ رد على ذلك الإشعار، إن وُجد.

٧- تُراعِي سلطةُ التعيين الاعتباراتِ التي يُرجَّحُ أن تكفَلَ تعيينَ محكَّم مستقلٍ ومحايد، وتأخذ في اعتبارها مدى استصواب تعيين محكَّم ذي جنسية مغايرة لجنسيات الأطراف.

## الباب الثاني - تشكيل هيئة التحكيم

### عدد المحكَّمين

**المادة7**

١- إذا لم يكن الأطرافُ قد اتفقوا مُسبَقاً على عدد المحكَّمين، ثم لم يتَّفقوا في غضون 30 يوماً من تاريخ تسلُّم المُدعَى عليه الإشعارَ بالتحكيم على أن يكون هناك محكَّمٌ واحد فقط، عُيِّنَ ثلاثةُ محكَّمين.

٢- على الرغم من الفقرة1 ، إذا اقترح أَحَدُ الأطراف تعيينَ محكَّم وحيدٍ في غضون المدة المنصوص عليها في الفقرة1 ، ولم يَرُدَّ أيُّ طرف آخر على ذلك الاقتراح، ولم يُعيِّن الطرفُ المعنيُّ أو الأطراف المَعنيُّونَ مُحكَّماً ثانياً وفقا للمادة 9 أو المادة10 ، جاز لسُلطة التعيين، بناءً على طلب أحد الأطراف، أن تُعيِّن مُحكَّماً وحيداً بمقتضى الإجراء المنصوص عليه في الفقرة ٢ من المادة 8 إذا ما رأت، في ضوء ظروف القضية، أنَّ هذا هو الأنسب.

## تعيين المحكَّمين: ( المواد 8 إلى ١٠)

**المادة8**

١- إذا اتَّفق الأطرافُ على تعيين مُحكَّمٍ وحيدٍ، ثم انقضى 30 يوماً على تسلُّم جميع الأطراف الآخرين اقتراحا بتعيين محكَّم وحيدٍ دون أن يتوصّلوا إلى اتفاق بهذا الشأن، تولّت سُلطَةُ التعيين تعيينَ ذلك المحكَّم بناءً على طلب أحد الأطراف.

٢- تُعيِّنُ سُلطَةُ التعيين المُحكَّمَ الوحيدَ بأسرع ما يمكن . وتتَّبع في هذا التعيين طريقةَ القائمة التالية، ما لم يتَّفق الأطرافُ على عدم اتباع تلك الطريقة أو ما لم تُقرِّر سُلطَةُ التعيين، بما لها من صلاحية تقديرية، أنَّ اتِّباعَ طريقةِ القائمة لا يُناسبُ ظروفَ القضية:

(أ ) تُرسِلُ سُلطَةُ التعيين إلى كُلٍّ واحد من الأطراف نسخاً متطابقة لقائمة تتضمّن ثلاثة أسماء على الأقل؛

(ب ) يجوزُ لكُلِّ طرف، في غضون 15 يوماً من تاريخ تَسلُّم هذه القائمة، أن يعيدها إلى سلطة التعيين بعد شطب الاسم أو الأسماء التي يعترض عليها وترقيم الأسماء المتبقية في القائمة مُرتَّبَةً بحسب أفضليَّتها لديه؛

(ج ) بعد انقضاء المدة المذكورة أعلاه، تُعيِّنُ سُلطةُ التعيين المُحكَّمَ الوحيد من بين الأسماء التي وافق عليها الأطراف في القوائم التي أُعيدت إليها ووفقاً لترتيب الأفضلية الذي بيّنه الأطراف؛

(د ) إذا تَعذَّرَ، لأيِّ سبب من الأسباب، تعيينُ المحكَّم باتِّباع هذه الطريقة، جاز لسلطة التعيين أن تمارس صلاحيتها التقديرية في تعيين المحكَّم الوحيد.

**المادة9**

١- إذا أُريد تعيينُ ثلاثة محكَّمين، فَيُعَيِّنُ كُلُّ طرف مُحكَّماً واحداً، ثم يختار المحكَّمان المُعيَّنان على هذا النحو المُحكَّمَ الثالث، الذي يتولّى رئاسة هيئةِ التحكيم.

٢- إذا أَبلَغَ طرفٌ طرفاً آخر بتعيين محكَّم، ثم لم يقم هذا الأخيرُ، خلال 30 يوماً من تاريخ تسلُّمه هذا البلاغ، بتبليغ الطرف الأول بالمحكَّم الذي عيَّنَه، جاز للطرف الأوَّل أن يطلب من سلطة التعيين أن تعيِّن المحكَّمَ الثاني.

٣- إذا انقضى 30 يوماً على تعيين المحكَّم الثاني دون أن يتَّفق المحكَّمان على اختيار المحكَّم الرئيس، تولَّت سلطةُ التعيين تعيينَ المحكَّم الرئيس بالطريقة نفسها المتَّبعةِ في تعيين المحكَّم الوحيد بمقتضى المادة.8

**المادة10**

١- لأغراض الفقرة 1 من المادة9 ، عندما يُرادُ تعيينُ ثلاثة محكَّمين مع تعدُّد الأطراف سواء بصفة مُّدعٍ أو مُدَّعًى عليه، وعدم اتفاق الأطراف على طريقة أخرى لتعيين المحكَّمين، يقوم الأطرافُ المتعدِّدون معا، سواء بصفة مُدَّعٍ أو مُدَّعى عليه، بتعيين محكَّم.

٢- إذا اتَّفق الأطرافُ على أن تُشكَّل هيئةُ التحكيم من عدد من المحكَّمين ليس واحدا أو ثلاثة، وجب تعيينُ هؤلاء المحكَّمين وفقا للطريقة التي يتَّفق عليها الأطراف.

٣- في حال عدم التمكُّن من تشكيل هيئة التحكيم بمقتضى هذه القواعد، تتولى سلطةُ التعيين، بناءً على طلب أيِّ طرف، تشكيلَ هيئةِ التحكيم، ويجوز لها، لدى القيام بذلك، أن تُلغيَ أيَّ تعيين سبق إجراؤه وأن تعيّن كُلاً من المحكَّمين أو تُعيدَ تعيينَ كُلٍّ منهم، وأن تُسمِّيَ أحدَهم محكَّماً رئيساً.

**إفصاحات المحكَّمين والاعتراض عليهم[1]* ( المواد 11 إلى ١٣)**

**المادة11**

عند مُفاتحة شخص ما بشأن احتمال تعيينه مُحكَّماً، يُفصح ذلك الشخصُ عن أيِّ ظروف يُحتَمَلُ أن تُثير شكوكاً لها ما يُبرِّرُها بشأن حياده أو استقلاليته .ويُفصح المحكَّم، منذ وقت تعيينه وطوال إجراءات التحكيم، للأطراف ولسائر المحكَّمين دون إبطاء عن أي ظروف من هذا القبيل ما لم يكن قد أعلمهُم بها من قبل.

**المادة12**

١- يجوز الاعتراضُ على أيِّ محكَّم إذا وُجدت ظروف تثير شكوكاً لها ما يُبرِّرُها بشأن حياده أو استقلاليته.

٢- لا يجوز لأيِّ طرف أن يعترضَ على المحكَّم الذي عيّنه إلاَّ لأسباب أصبح على علم بها بعد تعيينه.

٣- في حال عدم قيام المحكَّم بمهامه، أو في حال وجود مانع قانونيٍّ أو واقعيٍّ يحول دون أدائه تلك المهام، تسري الإجراءاتُ المتعلقة بالاعتراض على المحكَّم المنصوصُ عليها في المادة13

[1] * يمكن الاطّلاعُ على نموذجي بيانَي الاستقلالية، المطلوبين بمقتضى المادة11 ، في مُرفَق هذه القواعد.

**المادة13**

١- يُرسِل الطرفُ الذي يعتزم الاعتراضَ على أيِّ محكَّم إشعاراً باعتراضه في غضون15 يوماً من تبليغه بتعيين المحكَّم المعترَض عليه، أو في غضون 15 يوماً من التاريخ الذي أصبح فيه ذلك الطرفُ على علم بالظروف المذكورة في المادتين 11 و١٢.

٢- يُرسَل الإشعارُ بالاعتراض إلى كُلِّ الأطراف الآخرين وإلى المحكَّم المعترَض عليه وإلى سائر المحكَّمين . وتُبيَّن في ذلك الإشعار أسبابُ الاعتراض.

٣- إذا اعترض أحدُ الأطراف على أيِّ محكَّم، جاز لكلِّ الأطراف أن يوافقوا على ذلك الاعتراض .ويجوز أيضا للمحكَّم، بعد الاعتراض عليه، أن يتنحّى عن النظر في الدعوى .ولا تُعتبر تلك الموافقةُ ولا ذلك التنحّي إقراراً ضمنيًّا بصحة الأسباب التي يستند إليها الاعتراض.

٤- إذا لم يوافق جميعُ الأطراف على الاعتراض، أو لم يتنحَّ المحكَّمُ المعترَضُ عليه، في غضون 15يوماً من تاريخ الإشعار بالاعتراض، جاز للطرفِ المُعتَرِض أن يواصل إجراءات الاعتراض .وعليه في تلك الحالة، وفي غضون 30 يوماً من تاريخ الإشعار بالاعتراض، أن يلتمسَ من سلطة التعيين البتَّ في الاعتراض.

## تبديل أحد المحكَّمين

**المادة14**

١- مع مراعاة أحكام الفقرة2 ، يُعيَّنُ أو يُختار مُحكَّمٌ بديل، متى لزم تبديلُ أحد المحكَّمين أثناء سير إجراءات التحكيم، وفقا للإجراء المنصوص عليه في المواد 8 إلى 11 والساري على تعيين أو اختيار المحكَّم الجاري تبديله .ويسري هذا الإجراء حتى وإن لم يقم أحدُ الأطراف، أثناء عملية تعيين المحكَّم المراد تبديله، بممارسة حقه في التعيين أو في المشاركة في التعيين.

٢- إذا رأت سلطةُ التعيين، بناءً على طلب أحد الأطراف، أنَّ هناك مُسوِّغاً لحرمان أحد الأطراف من حقه في تعيين محكَّم بديل، نظراً للطابع الاستثنائي لظروف القضية، جاز لسلطة التعيين، بعد إعطاء الأطراف والمحكَّمين المتبقين فرصةً لإبداء آرائهم:

(أ ) أن تعيِّن المُحكَّمَ البديل؛ أو( ب ) بعد اختتام جلسات الاستماع، أن تأذن للمحكَّمين الآخرين بأن يواصلوا عملية التحكيم ويتخذوا أيَّ قرار تحكيميٍّ أو غير تحكيميٍّ.

## تكرار جلسات الاستماع في حال تبديل أحد المحكَّمين

**المادة15**

في حال تبديل أحد المحكَّمين، تُستَأنَفُ الإجراءاتُ عند المرحلة التي تَوَقَّفَ فيها المُحَكَّمُ الذي جرى تبديله عن أداء مهامه، ما لم تُقرِّر هيئةُ التحكيم خلافَ ذلك.

**استبعاد المسؤولية**

**المادة16**

باستثناء الخطأ المُتَعمَّد، يتنازل الأطرافُ، إلى أقصى مدى يسمح به القانون المنطبق، عن أيِّ ادِّعاء على المحكَّمين أو سلطة التعيين وأيِّ شخص تعيِّنه هيئةُ التحكيم بسبب أيِّ فعل أو تقصير متعلّق بالتحكيم.

## الباب الثالث -إجراءات التحكيم

### أحكام عامة

**المادة17**

1-مع مراعاة هذه القواعد، يجوزُ لهيئة التحكيم أن تُسيِّرَ التحكيمَ على النحو الذي تراه مناسباً، شريطة أن يُعامَلَ الأطرافُ على قدم المساواة وأن تُتاحَ لكلِّ طرف، في مرحلة مناسبة من الإجراءات، فُرصةٌ معقولة لعرض قضيَّتِه .وتسيِّر هيئةُ التحكيم، لدى ممارستها صلاحيتَها التقديرية، الإجراءاتِ على نحو يتفادى الإبطاءَ والإنفاق بلا داع، ويكفلُ الإنصافَ والكفاءة في تسوية المنازعات بين الأطراف.

٢- تضع هيئةُ التحكيم الجدولَ الزمنيَّ المؤقتَ للتحكيم في أقرب وقت ممكن عمليا بعد تشكيلها وبعد دعوة الأطراف إلى إبداء آرائهم. ويجوز لهيئة التحكيم في أيِّ وقت، بعد دعوة الأطراف إلى إبداء آرائهم، أن تُمدِّد أو تُقصِّر أيَّ مدة زمنية تَنُصُّ عليها القواعدُ أو يتَّفقُ عليها الأطرافُ.

٣- تعقد هيئةُ التحكيم جلساتِ استماع لأقوال الشهود، بمن فيهم الشهود الخبراء، أو للمرافعات الشفوية، إذا طلب ذلك أيُّ طرف في مرحلة مناسبة من الإجراءات .فإن لم يُطلب ذلك، قَرَّرت هيئةُ التحكيم ما إذا كان من الأوفق عقدُ جلسات استماع من هذا القبيل أو السّيرُ في الإجراءات على أساس الوثائق وغيرها من المستندات.

٤- على الطرف الذي يُرسلُ خطاباتٍ إلى هيئة التحكيم أن يُرسلَ كُلَّ تلك الخطاباتِ إلى جميع الأطراف الآخرين .وتُرسَلُ جميعُ هذه الخطاباتِ في وقت واحد ما لم تسمح هيئةُ التحكيم بخلاف ذلك، إن كان القانونُ المنطبق يجيز لها هذا.

٥- يجوز لهيئة التحكيم، بناءً على طلب أيِّ طرف، أن تسمح بضمّ شخص ثالث واحد أو أكثر كطرف في عملية التحكيم، شريطة أن يكونَ ذلك الشخصُ طرفاً في اتفاق التحكيم، ما لم ترَ هيئةُ التحكيم، بعد إعطاء جميع الأطراف، بمن فيهم الشخص أو الأشخاص المراد ضمُّهم، فُرصةً لسماع أقوالهم، أنه ينبغي عدمُ السماح بذلك الضمِّ لأنه يُلحقُ ضرراً بأيٍّ من أولئك الأطراف . ويجوز لهيئة التحكيم أن تُصدرَ قرارَ تحكيم واحداً أو عدّة قرارات تحكيم بشأن كُلِّ الأطراف المشاركين على هذا النحو في عملية التحكيم.

**مكان التحكيـــم**

**المادة18**

١- إذا لم يكن الأطرافُ قد اتّفقوا مُسبَقاً على مكان التحكيم، تولَّت هيئةُ التحكيم تعيينَ مكان التحكيم آخذةً ظروفَ القضية في الاعتبار .ويُعتبر قرارُ التحكيم صادراً في مكان التحكيم.

٢- يجوز لهيئة التحكيم أن تجتمعَ للمداولة في أيِّ مكان تراه مناسباً. ويجوز لهيئة التحكيم أيضا أن تجتمعَ في أيِّ مكان تراه مناسباً لأيِّ غرض آخر، بما في ذلك عقد جلسات استماع، ما لم يتَّفق الأطراف على خلاف ذلك.

**اللّغـــــة**

**المادة19**

١- مع مراعاة ما قد يتَّفقُ عليه الأطرافُ، تُسارعُ هيئةُ التحكيم عقبَ تشكيلها إلى تحديد اللغة أو اللغات التي ستُستخدم في الإجراءات. ويسري هذا التحديدُ على بيان الدعوى وبيان الدفاع وأيِّ بيانات كتابية أخرى، وكذلك على اللغة أو اللغات التي ستُستخدَمُ في جلسات الاستماع الشفوية، إذا عُقدت جلسات من هذا القبيل.

٢- يجوز لهيئة التحكيم أن تأمرَ بأن تكون أيُّ وثائقَ مرفقةٍ ببيان الدعوى أو بيان الدفاع، وأيُّ وثائقَ أو مستندات تكميليةٍ تُعرَض في سياق الإجراءات، مُقدَّمَةً بلغتها الأصلية، مشفوعةً بترجمة إلى اللغة أو اللغات التي اتّفقَ عليها الأطرافُ أو حدّدتها هيئةُ التحكيم.

**بيان الدعـــوى**

**المادة20**

١- يُرسِل المُدّعِي بيانَ دعواه كتابةً إلى المُدَّعَى عليه وإلى كلٍّ من المحكَّمين في غضون فترة زمنية تحدّدها هيئةُ التحكيم .ويجوز للمُدَّعِي أن يعتبرَ إشعارَهُ بالتحكيم المشارَ إليه في المادة3

بمثابة بيانِ دعوى، شريطة أن يفيَ الإشعارُ بالتحكيم أيضاً بمقتضيات الفقرات 2 إلى4 من هذه المادة.

٢- تُدرَج في بيان الدعوى التفاصيلُ التالية:

(أ ) اسما الطرفين والبيانات اللازمة للاتصال بهما؛

(ب ) بيانٌ بالوقائع المؤيِّدة للدعوى؛

(ج ) نقاطُ الخلاف؛

(د ) التدبيرُ المطلوب للإنصاف أو لتصحيح الوضع؛

(هـ ) الأُسُسُ أو الحجَجُ القانونيةُ المؤيِّدةُ للدعوى.

٣- تُرفَق ببيان الدعوى نُسخَةٌ من أيِّ عقد أو صكٍّ قانونيٍّ آخر نشأت المنازعةُ عنه أو بشأنه، ونُسخَةٌ من اتفاق التحكيم.

٤- ينبغي، قدر الإمكان، أن يُشفَعَ بيانُ الدعوى بكلِّ المستندات والأدلّة الأخرى التي يستندُ إليها المُدَّعي، أو أن يتضمّنَ إشاراتٍ إليها.

## بيان الدفـــاع

**المادة21**

١- يُرسِلُ المُدَّعَى عليه بيانَ دفاعه كتابةً إلى المُدَّعِي وإلى كُلٍّ من المحكَّمينَ في غضون مدة تحدِّدُها هيئةُ التحكيم .ويجوز للمُدَّعَى عليه أن يعتبر ردَّهُ على الإشعار بالتحكيم المشارَ إليه في الفقرة 4 بمثابة بيان دفاع، شريطة أن يفيَ الردُّ على الإشعار بالتحكيم أيضا بمقتضيات الفقرة 2 من هذه المادة.

٢- يُدرَجُ في بيان الدفاع ردٌّ على المسائل المذكورة في البنود( ب) إلى( هـ ) من بيان الدعوى (الفقرة ٢ من المادة٢٠ ) وينبغي، قدر الإمكان، أن يُشفَعَ بيانُ الدفاع بكل المستندات والأدلة الأخرى التي يستندُ إليها المُدَّعَى عليه، أو أن يتضمّن إشارات إليها.

٣- يجوزُ للمُدَّعَى عليه أن يُقدّمَ في بيان دفاعه، أو في مرحلة لاحقة من إجراءات التحكيم إذا رأت هيئةُ التحكيم أنَّ الظروف تسوِّغ هذا التأخير، دعوى مضادة أو أن يستند إلى دعوى مُقامة لغرض الدفع بالمقاصّة، شريطة أن تكون هيئةُ التحكيم مختصَّةً بذلك.

٤- تسري أحكامُ الفقرات ٢ إلى 4 من المادة 20 على الدعوى المضادة والدعوى المشار إليها في الفقرة ٢ (و ) من المادة 4 والدعوى المُستَنَد إليها لغرض الدفع بالمقاصّة.

## تعديل الدعوى أو الدفاع

**المادة22**

يجوز لأيِّ طرفٍ أثناءَ إجراءات التحكيم أن يعدّلَ أو يستكملَ دعواه أو دفاعَهُ، بما في ذلك الدعوى المضادة أو الدعوى المقامة لغرض الدفع بالمقاصّة، إلاّ إذا رأت هيئةُ التحكيم أنَّ السماحَ بذلك التعديل أو الاستكمال ليس مناسباً بسبب التأخّر في تقديمه أو ما ينشأ عنه من ضرر للأطراف الآخرين أو بسبب أيِّ ظروف أخرى. ولكن لا يجوز تعديلُ أو استكمالُ الدعوى أو الدفاع، بما في ذلك الدعوى المضادة أو الدعوى المقامة لغرض الدفع بالمقاصّة، بحيث تخرج الدعوى المُعدَّلةُ أو المستكمَلة، أو الدفاع المُعدَّلُ أو المُستكمَلُ، عن نطاق اختصاص هيئة التحكيم.

**الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم**

**المادة23**

١- تكونُ لهيئة التحكيم صلاحيةُ البتّ في اختصاصها، بما في ذلك أيُّ اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته .ولهذا الغرض، يُنظَرُ إلى بند التحكيم الذي يشكّل جزءاً من العقد على أنه اتّفاقٌ مستقل عن بنودِ العقد الأخرى .ولا يترتب تلقائياً على أيِّ قرار لهيئة التحكيم ببطلانِ العقد بطلانُ بند التحكيم.

٢- يُقدَّم الدَّفعُ بعدم اختصاص هيئة التحكيم في موعد أقصاه وقتُ تضمينه في بيان الدفاع أو، فيما يتعلق بالدعوى المضادة أوالدعوى المقامة بغرض الدَّفعِ بالمقاصة، في الردِّ على تلك الدعوى. ولا يُمنَع الطرفُ من تقديم ذلك الدّفع لكونه عيَّن مُحكّماً أوشارك في تعيينه .أما الدَّفع بأنَّ هيئة التحكيم تتجاوز نطاقَ سلطتها، فيجب تقديمُه حالما تُطرَح المسألةُ التي يُزعم أنها تتجاوزُ نطاقَ سلطتها أثناء إجراءات التحكيم .ويجوزُ لهيئة التحكيم، في كلتا الحالتين، أن تقبلَ دفعاً يُقدَّمُ بعدَ هذا الموعد إذا رأت أنَّ التأخُّرَ له ما يسوِّغُه.

٣- يجوزُ لهيئة التحكيم أن تفصل في أيِّ دفع من الدفوع المشار إليها في الفقرة ٢ إمّا كمسألةٍ أولية وإمّا بالبتِّ في وجاهته .ويجوز لهيئة التحكيم أن تواصلَ إجراءات التحكيم وأن تُصدرَ قراراً، بصرف النظر عن أيِّ طعن في اختصاصها لم تفصل فيه المحكمةُ بعدُ.

## البيانات المكتوبة الأخرى

**المادة24**

تُقرِّرُ هيئةُ التحكيم ماهيَّةَ البيانات المكتوبة الأخرى، إلى جانب بيان الدعوى وبيان الدفاع، التي يتعيّنُ على الأطراف تقديمها أو يجوز لهم تقديمها، وتُحدَّدُ المُهَلُ المتاحة لتقديم تلك البيانات.

## الُمـــدد

**المادة25**

ينبغي ألاّ تتجاوزَ المُهلُ التي تحدّدُها هيئةُ التحكيم لتقديم البيانات المكتوبة ( بما فيها بيان الدعوى وبيان الدفاع ) خمسة وأربعين يوماً .ولكن يجوزُ لهيئة التحكيم أن تمدّدَ الحدودَ الزمنية إذا رأت مسوّغاً لذلك.

## التدابير المؤَّقتـــة

**المادة26**

١- يجوز لهيئة التحكيم أن تُصدرَ تدابيرَ مؤقّتةً بناءً على طلب أحد الأطراف.

٢- التدبير المؤقَّت هو أيُّ تدبير وقتي تأمر بمقتضاه هيئةُ التحكيم أحدَ الأطراف، في أيِّ وقت يسبق إصدارَ قرار التحكيم الذي يفصل في المنازعة نهائيا، أن يقوم، على سبيل المثال لا الحصر، بأيٍّ مما يلي:

(أ ) أن يُبقيَ الحال على ما هو عليه، أو أن يعيدَهُ إلى ما كان عليه إلى حين الفصل في المنازعة؛

(ب ) أن يتَّخذَ إجراءً يمنع حدوثَ: ‘1 ’ ضررٍ حاليٍّ أو وشيكٍ أو ‘2 ’ مساسٍ بعمليةِ التحكيم نفسها، أو أن يمتنعَ عن اتخاذ إجراء يُحتمَلُ أن يسبِّبَ ذلك الضررَ أو المساس؛

(ج ) أن يُوفِّرَ وسيلةً لصون الموجودات التي يمكن أن تُستخدَمَ لتنفيذ قرار لاحق؛

(د ) أن يُحافِظَ على الأدلة التي قد تكون مُهمَّةً وجوهريَّةً في حسم المنازعة.

٣- يُقدِّمُ الطرفُ الذي يطلب التدبيرَ المؤقَّتَ بمقتضى الفقرة ٢ ( أ ) إلى( ج ) ما يُقنعُ هيئة التحكيم بما يلي:

(أ ) أنَّ عدمَ اتخاذ التدبير يُرجَّح أن يُحدث ضرراً لا يمكن جبرُه على نحو واف بمنح تعويضاتٍ، وأنَّ ذلك الضررَ يفوق بكثير الضررَ الذي يُحتمل أن يَلحَقَ بالطرف المستهدف بذلك التدبير إذا ما اتُّخذ؛

(ب ) أنَّ هناك احتمالاً معقولاً أن يُفصَلَ في موضوع المنازعة لصالح الطرف الطالب بناءً على وجاهة دعواه .على أنَّ البتَّ في هذا الاحتمال لا يمسُّ بما تتمتّع به هيئةُ التحكيم من صلاحية تقديرية في اتخاذ أيِّ قرار لاحق.

٤- فيما يتعلّق بطلب اتخاذ تدبير مؤقّت بمقتضى الفقرة ٢( د)، لا تسري المتطلّباتُ الواردة في الفقرة ٣ ( أ ) و(ب ) إلاّ متى رأت هيئةُ التحكيم ذلك مناسبا.

٥- يجوز لهيئة التحكيم أن تُعدِّلَ أو تُعلِّقَ أو تُنهيَ أيَّ تدبير مؤقّت كانت قد اتخذته، وذلك بناء على طلب أيِّ طرف أو، في ظروف استثنائية وبعد إشعار الأطراف مُسبَقاً، بمبادرة من هيئة التحكيم ذاتها.

٦- يجوز لهيئة التحكيم أن تُلزم الطرفَ الذي يطلب تدبيراً مُؤقّتاً بتقديم ضمانة مناسبة فيما يَخُصُّ ذلك التدبير.

٧- يجوز لهيئة التحكيم أن تُلزمَ أيَّ طرف بأن يُسارعَ بالإفصاح عن أيِّ تغيُّرٍ جوهري في الظروف التي استُند إليها في طلب التدبير المؤقّت أو اتخاذه.

٨- يجوز تحميلُ الطرفِ الذي يَطلبُ تدبيراً مُؤقّتاً تَبِعَةَ أيِّ تكاليفَ وأضرارٍ يتسبّب فيها ذلك التدبيرُ لأيِّ طرف، إذا رأت هيئةُ التحكيم لاحقا أنَّ ذلك التدبيرَ، في الظروف السائدة آنذاك، ما كان ينبغي اتخاذُهُ .ويجوز لهيئة التحكيم أن تُصدِرَ قراراً بالتعويض عن تلك التكاليف والأضرار في أيِّ وقت أثناء الإجراءات.

٩- لا يُعتَبَرُ طلبُ أيِّ طرف من السلطة القضائية اتخاذَ تدابير مُؤقَّتَةٍ عملاً مُناقِضاً لاتفاق التحكيم أو نزولاً عن ذلك الاتفاق.

## الأدلّـــة

**المادة27**

١- يَقَعُ على عاتق كُلِّ طرفٍ عِبءُ إثبات الوقائع التي يستند إليها في تأييد دعواهُ أو دفاعِهِ.

٢- يجوزُ لأيِّ فرد، حتى وإن كان طرفاً في التحكيم أو تربطه صِلةٌ ما بأحد الأطراف، أن يكونَ من الشهود، بمن فيهم الشهود الخبراء، الذين يقدّمهم الأطرافُ للإدلاء بشهادة أمام هيئة التحكيم في أيِّ مسألة تتّصل بالوقائع أو بالخبرة الفنية .ويجوزُ للشهود، بمن فيهم الشهود الخبراء، أن يُدلُوا بأقوالهم، مكتوبةً وممهورةً بتواقيعهم، ما لم تُوعِز هيئةُ التحكيم بخلاف ذلك.

٣- يجوزُ لهيئة التحكيم أن تطلبَ من الأطراف في أيِّ وقت أثناء إجراءات التحكيم أن يقدِّموا، في غضون مدة تحدّدها الهيئة، وثائقَ أو مستندات أو أيَّ أدلة أخرى.

٤- تقرِّرُ هيئةُ التحكيم مدى مقبولية الأدلة المقدَّمَة وصلِتَها بالدعوى وطابعَها الجوهري ووزنَها.

## جلسات الاستماع

**المادة28**

1-في حال عقد جلسة استماع شفوية، توجِّه هيئةُ التحكيم إلى الأطراف، قبل وقت كاف، إشعاراً بتاريخ انعقادها وموعدها ومكانها.

٢- يجوز الاستماعُ إلى الشهود، بمن فيهم الشهود الخبراء، بالشروط التي تحدِّدُها هيئةُ التحكيم وأن يُستَجوَبُوا بالطريقة التي تُقرِّرُها.

٣- تكون جلساتُ الاستماع مُغلَقَةً، ما لم يتَّفق الأطرافُ على خلاف ذلك .ويجوز لهيئة التحكيم أن تطلب من أيِّ شاهد أو من الشهود، بمن فيهم الشهود الخبراء، مُغَادَرَةَ الجلسة أثناء إدلاء الشهود الآخرين بشهاداتهم .ولكن، لا يجوز من حيث المبدأ أن يُطلَبَ من الشهود، بمن فيهم الشهود الخبراء، الذين هم أطرافٌ في التحكيم، أن يُغادروا الجلسة.

٤- يجوز لهيئة التحكيم أن تُوعزَ باستجواب الشهود، بمن فيهم الشهود الخبراء، من خلال وسائل اتصال لا تتطلّب حضورهم شخصيا في جلسة الاستماع ( مثل التداول بالاتصالات المرئية.)

## الخبراء الذين تعّينهم هيئة التحكيم

**المادة29**

١- يجوز لهيئة التحكيم، بعد التشاور مع الأطراف، أن تُعَيِّنَ خبيراً مستقلا أو أكثر لتقديم تقرير كتابي إليها بشأن مسائل مُعيَّنَةٍ تحدِّدُها هيئةُ التحكيم .وتُرسَلُ إلى الأطراف نُسخةٌ من الصلاحيات التي حدَّدتها هيئةُ التحكيم لذلك الخبير.

٢- يُقدِّمُ الخبيرُ، قبل قبول تعيينه، إلى هيئة التحكيم وإلى الأطراف بياناً بمؤهّلاته وإقراراً بحياده واستقلاليَّتِهِ .ويُبلغُ الأطرافُ هيئةَ التحكيم، في غضون الوقت الذي تُحدِّدُهُ هيئةُ التحكيم بما إذا كانت لديهم أيُّ اعتراضات على مؤهّلات الخبير أو حياده أو استقلاليته .وتُسارِعُ هيئةُ التحكيم بالبتّ في مقبولية أيٍّ من تلك الاعتراضات .وبعد تعيين الخبير، لا يجوز لأيِّ طرف أن يعترضَ على مؤهّلات الخبير أو حياده أو استقلاليته إلاّ إذا كان الاعتراضُ قائماً على أسباب أصبح ذلك الطرفُ على علم بها بعد أن تمَّ التعيينُ .وتُسارِعُ هيئةُ التحكيم إلى تحديد ما ستتخذه من إجراءات إن لزِمَ ذلك.

٣- يُقدِّمُ الأطرافُ إلى الخبير أيَّ معلومات ذات صلة بالمنازعة، ويوفِّرون له ما قد يَطلُبُ فحصَهُ أو تفقُّدَه من وثائقَ أو بضائعَ ذات صلة .ويُحال أيُّ خلاف بين أحد الأطراف وذلك الخبير بشأن

مدى صلة المعلومات أو الوثائق أو البضائع المطلوب توفيرها بالمنازعة إلى هيئة التحكيم لكي تبتَّ فيه.

٤- تُرسِلُ هيئةُ التحكيم إلى الأطراف نُسخةً من تقرير الخبير إثر تسلُّمها إيَّاهُ، وتُتاح لهم الفرصةُ لإبداء رأيهم في التقرير كتابةً .ويحقُّ للطرف أن يفحصَ أيَّ وثيقة استندَ إليها الخبيرُ في تقريره.

٥- بعد تسليم التقرير، وبناءً على طلب أيِّ طرف، يجوز الاستماعُ إلى أقوال الخبير في جلسةٍ تُتاح للأطراف فرصةُ حضورها واستجواب الخبير . ويجوز لأيِّ طرف أن يقدّم في هذه الجلسة شهوداً خبراءَ ليُدلُوا بشهاداتهم بشأن نقاط الخلاف . وتسري على تلك الإجراءات أحكامُ المادة ٢٨.

## التقصيــر

**المادة30**

١- ( أ ) إذا قَصَّر المُدَّعِي، دون إبداء عُذر مقبول، في تقديم بيان دعواه، خلال المدة المحدَّدة في هذه القواعد أو التي تحدّدها هيئةُ التحكيم، أصدرت الهيئةُ أمراً بإنهاء إجراءات التحكيم، ما لم تكن هناك مسائلُ متبقيةٌ قد يلزمُ الفصلُ فيها ورأت هيئةُ التحكيم أنَّ من المناسب فعل ذلك؛

(ب) إذا قَصَّر المُدَّعَى عليه، دون إبداء عذر مقبول، في تقديم الردّ على إشعار التحكيم أو بيان دفاعه، خلال المدة المحدَّدة في هذه القواعد أو التي تحدّدها هيئةُ التحكيم، أصدرت الهيئةُ أمراً باستمرار إجراءات التحكيم، دون أن تعتبر هذا التقصيرَ في حدّ ذاته قبولاً لمزاعم المُدَّعِي؛ وتسري أحكامُ هذه الفقرة الفرعية أيضا على تقصير المُدَّعِي في تقديم دفاعه ردًّا على دعوى مضادة أو دعوى مُقامَةٍ لغرض الدفع بالمقاصَّة.

٢- إذا قَصَّرَ أحدُ الأطراف، بعد إبلاغه حسب الأصول وفقا لهذه القواعد، في حضور جلسة استماع دون إبداء عُذر مقبول، جاز لهيئة التحكيم أن تُواصلَ إجراءات التحكيم.

٣- إذا دعت هيئةُ التحكيم أحدَ الأطراف حسب الأصول إلى تقديم وثائقَ أو مستنداتٍ أو أدلةٍ أخرى وقصَّر في تقديمها خلال المدة المحدّدة، دون إبداء عُذر مقبول، جاز لهيئة التحكيم أن تُصدرَ قرارَ التحكيم بناءً على الأدلة الموجودة أمامها.

## اختتام جلسات الاستماع

**المادة31**

١- يجوز لهيئة التحكيم أن تستفسر من الأطراف عمّا إذا كانت لديهم أدلّةٌ أخرى لتقديمها أو شهودٌ آخرون لسماعهم أو أقوالٌ أخرى للإدلاء بها .فإذا لم يكن لديهم شيءٌ من ذلك، جاز لهيئة التحكيم أن تُعلنَ اختتامَ جلسات الاستماع.

٢- يجوز لهيئة التحكيم أن تُقرِّرَ، بمبادرة منها أو بناءً على طلب أحد الأطراف، إعادةَ فتح جلسات الاستماع في أيِّ وقت قبل صدور قرار التحكيم، إذا رأت ضرورةً لذلك بسبب وجود ظروف استثنائية.

### التنازل عن حق الاعتراض

**المادة32**

يُعتَبَرُ تقصيرُ أيِّ طرف في المسارعة إلى الاعتراض على أيِّ مخالفة لهذه القواعد أو لأيِّ شرط في اتفاق التحكيم تنازلاً عن حق ذلك الطرف في تقديم ذلك الاعتراض، ما لم يَكُن بمقدور ذلك الطرف أن يُثبتَ أنَّ تخلّفَهُ عن الاعتراض في الظروف القائمة، كان له ما يُبرِّرُه.

## الباب الرابع - قـــرار التحكيم

### القـــرارات

**المادة33**

١- في حال وجود أكثر من محكَّم واحد، تُصدرُ هيئةُ التحكيم أيَّ قرار تحكيم أو قرار آخر بأغلبية المحكَّمين.

٢- فيما يتعلَّق بالمسائل الإجرائية، يجوز لرئيس المحكَّمين أن يُصدرَ القرار وحده في حال عدم وجود أغلبية أو عندما تأذن هيئةُ التحكيم بذلك، ويكون هذا القرارُ خاضعاً للمراجعة من قِبَل هيئة التحكيم، إذا ما لزم الأمر.

### شكل قرار التحكيم وأثره

**المادة34**

١- يجوز لهيئة التحكيم أن تُصدرَ قراراتِ تحكيم مُنفصلةً بشأن مسائلَ مُختلفةٍ في أوقات مختلفة.

٢- تُصدَر كُلُّ قرارات التحكيم كتابةً، وتكون نهائيةً ومُلزِمة للأطراف .وينفّذ الأطراف كلَّ قرارات التحكيم دون إبطاء.

٣- على هيئة التحكيم أن تُبيِّن الأسبابَ التي استند إليها القرارُ، ما لم يكن الأطرافُ قد اتّفقوا على عدم بيان الأسباب.

٤- يكون قرارُ التحكيم ممهوراً بتوقيع المحكَّمين، ويُذكَر فيه التاريخُ الذي أُصدر فيه ومكانُ التحكيم .وفي حال وجود أكثر من محكَّم واحد وعدم توقيع أحدهم، تُذكَر في القرار أسبابُ عدم التوقيع.

٥- يجوز نشرُ قرار التحكيم علناً بموافقة كلِّ الأطراف أو متى كان أحدُ الأطراف مُلزَماً قانونا بأن يُفصِح عن ذلك القرار من أجل حماية حقٍّ قانوني أو المطالبة به أو في سياق إجراءاتٍ قانونية أمام محكمة أو هيئة مختصة أخرى.

٦- تُرسِلُ هيئةُ التحكيم إلى الأطراف نُسَخاً من قرار التحكيم ممهورةً بتوقيع المحكَّمين.

## القانون المنطبق، والَحكَم غير المقيَّد

### المادة35

١- تُطبِّقُ هيئةُ التحكيم قواعدَ القانون التي يُعيِّنها الأطرافُ باعتبارها مُنطبقةً على موضوع المنازعة .فإذا لم يُعيِّن الأطرافُ تلك القواعدَ، طبَّقَت هيئةُ التحكيم القانونَ الذي تراه مناسبا.

٢- لا يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في المنازعة كحَكَم غير مقيَّد بنصٍّ أحكام القانون أو وفقاً لمبادئ العدل والإنصاف إلاّ إذا أذن الأطرافُ لها بذلك صراحة.

٣- في جميع الأحوال، تَفصِلُ هيئةُ التحكيم في المنازعة وفقاً لشروط العقد إن وجدت، وتُراعَى في ذلك أيُّ أعراف تجارية سارية على المعاملة.

## التسوية وغيرها من أسباب الإنهاء

### المادة36

١- إذا اتَّفَقَ الأطرافُ، قبل صدور قرار التحكيم، على تسويةٍ تُنهي المنازعة، كان على هيئة التحكيم إمّا أن تُصدِرَ أمراً بإنهاء إجراءات التحكيم، وإمّا أن تُثبتَ التسوية، بناءً على طلب الأطراف وموافقة الهيئة على ذلك، في شكل قرار تحكيم مُتَّفَقٍ عليه .ولا تكون هيئةُ التحكيم مُلزمَةً بتسبيب هذا القرار.

٢- إذا أصبح الاستمرارُ في إجراءات التحكيم، قبل صُدور قرار التحكيم، عديمَ الجدوى أو مُستحيلاً لأيِّ سبب غير مذكور في الفقرة ١، أبلغَت هيئةُ التحكيم الأطرافَ بعزمها على إصدار أمر بإنهاء الإجراءات .وتكونُ لهيئة التحكيم صلاحيةُ إصدار ذلك الأمر، ما لم تكن هناك مسائلُ متبقيةٌ قد يلزم الفصلُ فيها وترى هيئةُ التحكيم أنَّ من المناسب الفصلَ فيها.

٣- تُرسلُ هيئةُ التحكيم إلى الأطراف نُسَخاً ممهورةً بتوقيع المحكَّمين من الأمر بإنهاء إجراءات التحكيم أو من قرار التحكيم المُتَّفَق عليه. وفي حال إصدار قرار تحكيم مُتَّفَقٍ عليه، تسري عليه الأحكامُ الواردة في الفقرات 2 و 4 و 5 من المادة34 .

### تفسير قرار التحكيم

**المادة37**

١- يجوز لأيِّ طرف أن يطلبَ من هيئة التحكيم، في غضون 30 يوماً من تاريخ تسلّمه قَرارَ التحكيم وشريطة إشعار الأطراف الآخرين بهذا الطلب، إعطاءَ تفسير لقرار التحكيم.
٢- يُعطَى التفسيرُ كتابةً في غضون 45 يوماً من تاريخ تسلّم الطلب .ويشكّل التفسيرُ جُزءاً من قرار التحكيم وتسري عليه أحكامُ الفقرات 2 إلى 6 من المادة34 .

### تصحيح قرار التحكيم

**المادة38**

١- يجوز لأيِّ طرف أن يطلبَ من هيئة التحكيم، في غضون 30 يوماً من تاريخ تسلُّمه قرارَ التحكيم وشريطة إشعار الأطراف الآخرين بهذا الطلب، تصحيحَ ما يكون قد وقع في القرار من أخطاء حسابية أو كتابية أو مطبعية أو أيِّ أخطاء أخرى أو أيِّ سهو ذي طابع مشابه .وإذا ما رأت هيئةُ التحكيم أنَّ هذا الطلب مسوَّغٌ، أجرَت التصحيحَ في غضون 45 يوماً من تاريخ تسلُّم الطلب.
٢- يجوزُ لهيئة التحكيم أن تُجريَ تلك التصحيحات من تلقاء نفسها في غضون 30 يوماً من تاريخ إرسال قرار التحكيم.
٣- تُجرَى تلك التصحيحاتُ كتابةً، وتشكّل جزءاً من قرار التحكيم .وتسري عليها أحكامُ الفقرات 2إلى 6 من المادة34 .

### قرار التحكيم الإضافي

**المادة39**

١- يجوز لأيِّ طرف أن يطلبَ من هيئة التحكيم، في غضون 30 يوماً من تاريخ تسلُّمه الأمرَ بإنهاء الإجراءات أو قرار التحكيم وبشرط إشعار الأطراف الآخرين بهذا الطلب، أن تُصدرَ قرارَ تحكيم، أو قرارَ تحكيم إضافيًّا بشأن ما لم تفصِل فيه من طلبات قُدِّمت أثناء إجراءات التحكيم.
٢- إذا رأت هيئةُ التحكيم أنَّ طلبَ إصدار قرار تحكيم، أو قرار تحكيم إضافي، له ما يسوّغه، أصدرت قرارها أو أكملته في غضون 60 يوماً من تاريخ تسلُّم الطلب .ويجوز لهيئة التحكيم، عند الضرورة، أن تمدِّدَ المهلة التي يجب أن تُصدر ذلك القرارَ في غضونها.

٣- في حال إصدار قرار تحكيم، أو قرار تحكيم إضافي، من هذا القبيل، تسري أحكامُ الفقرات ٢ إلى 6 من المادة34 .

**تحديد التكاليف**

**المادة40**

١- ُحدِّدُ هيئةُ التحكيم تكاليفَ التحكيم في قرار التحكيم النهائي، وكذلك في قرار آخر إذا ما رأت ذلك مُناسباً.

٢- لا يشمل تعبيرُ" التكاليف "إلاّ ما يلي:

(أ ) أتعابَ هيئة التحكيم، وتُبيَّن تلك الأتعاب فيما يخصّ كُلَّ محكَّم على حدة وتُحدِّدُها الهيئةُ بنفسها وفقا للمادة 41 ؛

(ب ) ما يتكبّدُهُ المحكَّمونَ من نفقات سفر ونفقاتٍ أخرى معقولة؛

(ج ) ما تتطلّبُه مَشورَةُ الخبراء وغيرُها من المساعدات اللازمة لهيئة التحكيم من تكاليفَ معقولةٍ؛

(د ) ما يتكبّدُه الشهودُ من نفقات سفر ونفقاتٍ أخرى معقولة، ما دامت هيئةُ التحكيم تُوافقُ على تلك النفقات؛

(هـ ) ما يتكبّدُهُ الأطرافُ من تكاليفَ قانونيةٍ وتكاليف أخرى تتعلق بالتحكيم، ما دامت هيئةُ التحكيم ترى أنَّ مبلغَ تلك التكاليف معقولٌ؛

(و ) أيَّ أتعاب ونفقات لسلطة التعيين، وكذلك أتعاب ونفقات الأمين العام لمحكمة التحكيم الدائمة.

٣- فيما يَتعلَّقُ بتفسير أيِّ قرار تحكيم أو تصحيحه أو تكميله بمقتضى المواد 37 إلى39 ، يجوزُ لهيئة التحكيم أن تطالبَ بالتكاليف المشار إليها في الفقرات 2 ( ب ) إلى( و)، ولكن بدون أتعاب إضافية.

## أتعاب المحكَّمين ونفقاتهم

**المادة41**

١- يُقدَّر مبلَغُ أتعاب المحكَّمين ونفقاتهم تقديراً معقولا، ويُراعَى في تقديره حجمُ المبلغ المُتنازَع عليه، ومدى تعقُّد موضوع المنازعة، والوقتُ الذي أنفقه المحكَّمون، وما يحيط بالقضية من ظروف أخرى ذات صلة.

٢- إذا ما وُجِدت سلطةُ تعيين وكانت تطبِّق، أو أعلنت أنها ستطبِّقُ، جدولاً أو طريقةً مُعيَّنَةً لتحديد أتعاب المحكَّمين في القضايا الدولية، أخذت هيئةُ التحكيم، لدى تحديد أتعابها، ذلك الجدولَ أو تلك الطريقة بعين الاعتبار، متى رأت ذلك مناسبا في ظروف القضية.

٣- تُسارعُ هيئةُ التحكيم، بعد تشكيلها إلى إبلاغ الأطراف بالكيفية التي تقترحُها لتحديد أتعابها ونفقاتها، بما في ذلك ما تعتزمُ تطبيقَهُ من أسعار .ويجوز لأيِّ طرف، في غضون 15 يوماً من تاريخ تسلُّم ذلك الاقتراح، أن يحيلَ الاقتراحَ إلى سُلطةِ التعيين لمراجعته .وإذا وَجَدَت سُلطةُ التعيين في غضون 45 يوماً من تاريخ تسلُّمها تلك الإحالة، أنَّ اقتراحَ هيئة التحكيم يتضاربُ مع الفقرة1 ، أدخلت أيَّ تعديلاتٍ لازمة عليه، وتكونُ تلك التعديلاتُ مُلزِمَةً لهيئة التحكيم.

٤- ( أ ) عند إبلاغ الأطراف بأتعاب المحكَّمين ونفقاتهم التي حُدِّدت بمقتضى الفقرة ٢ ( أ ) و( ب) من المادة40 ، تُوضِّحُ هيئةُ التحكيم أيضا الكيفية التي حُسبت بها تلك المبالغُ؛

( ب ) يجوز لأيِّ طرف، في غضون 15 يوماً من تاريخ تسلُّمه بيانَ الأتعاب والنفقات التي حدّدتها هيئةُ التحكيم، أن يُحيلَ ذلك البيانَ إلى سُلطة التعيين لمراجعته . وفي حال عدم الاتّفاق على سلطة تعيين أو عدم تسميتها، أو إذا لم تتصرّف سلطةُ التعيين في غضون المدة المُحدَّدة في هذه القواعد، أجرى هذه المُراجَعَة عندئذ الأمينُ العام لمحكمة التحكيم الدائمة؛

(ج ) إذا رأت سلطةُ التعيين أو الأمينُ العام لمحكمة التحكيم الدائمة أنّ الأتعابَ والنفقاتِ التي حدّدتها هيئةُ التحكيم متضاربةٌ مع اقتراح هيئة التحكيم بمقتضى الفقرة (3 وأيِّ تعديل عليه )أو رأت، بخلاف ذلك، أنها مفرطةٌ بشكل واضح، أدخلت التعديلات اللازمة للوفاء بالمعايير المنصوص عليها في الفقرة 1 على ما حدّدته هيئةُ التحكيم من أتعاب ونفقات في غضون 45 يوماً من تاريخ تسلم تلك الإحالة .وتكونُ تلك التعديلاتُ مُلزمةً لهيئة التحكيم؛

(د ) على هيئة التحكيم إمّا أن تُدرجَ أيَّ تعديلات من هذا القبيل في قرارها، وإمّا أن تُضمِّنَها في تصحيح لقرار التحكيم يسري عليه الإجراءُ المُحدَّدُ في الفقرة 3 من المادة38 ، إذا كان قرارُ التحكيم قد صَدَرَ.

٥- تُسيِّرُ هيئةُ التحكيم إجراءاتِ التحكيم وفقا لأحكام الفقرة 1 من المادة 17 طوال الخطوات المُتَّخَذَةِ بمقتضى الفقرتين 3 و.4

٦- لا يجوز لأيِّ إحالة بمقتضى الفقرة 4 أن تمس بأيِّ قرار وارد في قرار التحكيم إلاّ فيما يخص أتعابَ هيئة التحكيم ونفقاتها، ولا أن تؤخِّر الاعترافَ بجميع أجزاء قرار التحكيم وإنفاذها خلاف ما يتصل منها بتحديد أتعاب هيئة التحكيم ونفقاتها.

## توزيع التكاليف

### المادة42

١- يتحمَّلُ تكاليفَ التحكيم، من حيثُ المبدأ، الطرفُ الخاسر أو الأطراف الخاسرون .ولكن يجوز لهيئة التحكيم أن تقسم كُلاً من تلك التكاليف بين الأطراف إذا رأت ذلك التقسيم معقولا، آخِذةً ظروفَ القضية في الاعتبار.

٢- تُحدِّدُ هيئةُ التحكيم، في قرار التحكيم النهائي، أو في أيِّ قرار تحكيم آخر إذا رأت ذلك مناسبا، المبلَغَ الذي قد يتعيّنُ على أحد الأطراف أن يدفَعَهُ إلى طرف آخر نتيجةً لقرار توزيع التكاليف.

## إيداع التكاليف

### المادة43

١- يجوز لهيئة التحكيم، إثر تشكيلها، أن تطلُبَ من الأطراف إيداعَ مبالغَ مُتساويَةٍ كسُلفة لتغطية التكاليف المُشار إليها في الفقرات ٢( أ) إلى( ج ) من المادة40 .

٢- يجوز لهيئة التحكيم أن تطلُبَ من الأطراف، أثناء إجراءات التحكيم، تقديمَ ودائعَ تكميليةٍ.

٣- في حال الاتّفاق على سلطة التعيين أو تسميتها، لا يجوز لهيئة التحكيم أن تُحدِّدَ مَبالغَ الودائع أو الودائع التكميلية إلاّ بعد التشاور مع سلطة التعيين، إذا طلب أحدُ الأطراف ذلك ووافقت سُلطةُ التعيين على القيام بتلك الوظيفة .ويجوز لسلطة التعيين عندئذ أن تُبديَ لهيئة
التحكيم ما تراه مناسبا من تعليقات بشأن مقدار تلك الودائع والودائع التكميلية.

٤- إذا لم تُسدَّد مبالغُ الودائع اللازمة كاملةً في غضون 30 يوماً من تاريخ تسلّم الطلب، أبلَغَت هيئةُ التحكيم الأطرافَ بذلك ليقومَ واحدٌ منهم أو أكثر بتسديد المبلغ المطلوب، فإذا لم يُسدَّد ذلك المبلغُ جاز لهيئة التحكيم أن تأمُرَ بوقف إجراءات التحكيم أو إنهائها.

٥- بعد إصدار أمر إنهاء الإجراءات أو قرار التحكيم النهائي، تُقدِّمُ هيئةُ التحكيم إلى الأطراف كشفَ حسابٍ بالودائع التي تلقتها وتَرُدُّ إليهم أيَّ رصيد لم يُنفَق منها.

## المرفــق

**بند تحكيم نموذجي خاص بالعقود**

كل المنازعات أو الخلافات أو المطالبات التي تنشأ عن هذا العقد أو تتعلّقُ به، أو عن الإخلال به أو إنهائه أو بُطلانه، تُسوَّى بواسطة التحكيم وفقا لقواعد الأونسيترال للتحكيم.

**ملحوظة** -ينبغي للأطراف أن ينظروا في إضافة ما يلي:

(أ ) سلطةُ التعيين هي/هو.[ ..اسم المؤسسة أو الشخص]؛

(ب ) عددُ المحكَّمين.[ ..واحد أو ثلاثة]؛

(ج) مكانُ التحكيم في.[ ..المدينة والبلد]؛

(د ) اللغةُ التي ستُستخدم في إجراءات التحكيم هي....

**بيان تنازل محتمل**

**ملحوظة:** إذا أراد الأطرافُ استبعادَ إمكانية الطّعن في قرار التحكيم التي قد تكونُ متاحَة بمقتضى القانون المنطبق، جاز لهم أن ينظروا في إضافة حكم بهذا المعنى وفِقَ الحكم المُقترَح أدناه، على أن يأخذوا بعين الاعتبار أنَّ فعاليَة هذا الاستبعاد وشروطَه تتوّقف على القانون المنطبق.

**تنـــازل**

يتنازل الأطرافُ بموجب هذا عن حقهم في أيِّ شكل من أشكال الطعن في قرار التحكيم أمام أيِّ محكمة أو هيئة مختصة أخرى، طالما جاز لهم إجراءُ هذا التنازل بمقتضى القانون المنطبق.

**نموذجان لِبيانَيْ استقلالية مطلوبين بمقتضى المادة 11 من القواعد**

**في حال عدم وُجود ظروف يجدرُ الإفصاح عنها**

أُقِرُّ بأنني مُحايدٌ ومُستَقِلٌّ عن كلِّ طرف من الأطراف، وأعتزمُ أن أظلّ كذلك .وفي حُدُود علمي، لا تُوجَدُ أيُّ ظروفٍ، سابقةٍ أو حاليةٍ، يُحتَمَلُ أن تثير شكوكا لها ما يُبرِّرُها بشأن حيادي أو استقلاليتي .وأتَعهَّدُ بأن أبلّغَ الأطرافَ وسائرَ المحكَّمينَ الآخرين على وجه السرعة بأيِّ ظروف من هذا القبيل قد أفطنُ إليها لاحقا أثناء هذا التحكيم.

**في حال وجود ظروف يجدر الإفصاحُ عنها**

أُقِرُّ بأنني مُحايدٌ ومُستَقِلٌّ عن كُلِّ طرف من الأطراف، وأعتَزمُ أن أظلَّ كذلك .وأُرفقُ طيّه بياناً مُقدَّماً بمقتضى المادة11 من قواعد الأونسيترال للتحكيم يُفيدُ عن( :أ )علاقاتي المهنية والتجارية

وعلاقاتي الأخرى، السابقة والحالية، بالأطراف؛ و(ب )أيِّ ظروف أخرى ذات صلة.[ يُدرج هنا البيان ] وأؤكّد أنَّ هذه الظروف لا تؤثّر على استقلاليتي وحيادي .وأتعهَّدُ بأن أبلّغَ الأطرافَ والمحكَّمين الآخرين على وجه السرعة بأيِّ علاقاتٍ أو ظروف أخرى من هذا القبيل قد أفطنُ إليها لاحقاً أثناء هذا التحكيم.

**ملحوظة :** يجوزُ لأيِّ طرفٍ أن ينظُرَ في أن يطلبَ من المحكَّم

إضافَة ما يلي إلى بيان الاستقلالية:

أُؤكّدُ، بناءً على المعلومات المُتاحَةِ لي في الوقت الراهن، أنني أستطيعُ أن أكرِّسَ الوقتَ اللازم لإجراء هذا التحكيم بعناية وكفاءة وضمن الحدود الزمنية المُقرَّرَةِ في القواعد.

## ثالثاً: نمــوذج لعقد تحكيم في شركة مقاولات

**مشارطة تحكيم في النزاع القائم حول تنفيذ عقد المقاولة الخاص بمشروع عمارة من ستة أدوار بمنطقة:.......................**

أنَّه وفي يوم السبت الموافق ٤/أغسطس/٢٠٠٧م، حُرر هذا العقد بين كل من:

**أولاً:** السيد ............................................/ــ............. الجنسية ــ ويحمل بطاقة شخصية رقم (                    ) ــ وعنوانه............،........................ ــ

ص.ب: (..........) ــ تلفون: ...........ــ فاكس:..............

ويُشار إليه فيما بعد ولأغراض هذا العقد بــ " الطرف الأول ــ المالك."

**ثانياً:** السادة/ شركة.........................للمقاولات ــ. ............الجنسية ــ سجل تجاري رقم (...........) ــ وعنوانها.........، شارع........، بناية...... الدور الأول ــ

ص.ب: (......) ــ تلفون:...... ــ فاكس:.......

ويُمثلها في التوقيع مُديرها السيد.........................../

ويُشار إليه فيما بعد ولأغراض هذا العقد بــ " الطرف الثاني ــ المقاول."

**وبعد أن أقرَّ الطرفان بأهليتهما المعتبرة للتصرف والتعاقد، إتفقا على ما يلى:**

**"تمهـــــيد"**

بموجب عقد مقاولة مؤرخ في يوم..................أسند الطرف الأول إلى الطرف الثانى القيام بأعمال تشييد عمارة سكنية بمنطقة.............مؤلفة من ستة أدوار، بعدد إجمالي (٣٠) شقة، بواقع خمسة شقق في كل دور، وذلك طبقاً للرسومات الهندسية وكراسة الشروط والمواصفات وطبقاً للأسعار المتفق عليها فى العقد، على أن يتم تنفيذ جميع الأعمال وتسليم الفلل كاملة التشطيب في فترة وقدرها (....... ) شهراً مضاف إليها (١٥) يوماً لتجهيز الموقع، تبدأ من تاريخ توقيع العقد وإستلام الدفعة الأولى.

**وحيثُ أنَّ هناك تأخيراً واضحاً في موعد تسليم المشروع حسبما تقضي به بنود العقد، الأمر الذي دفع الطرف الأول لمطالبة الطرف الثاني بتحمل غرامات التأخير كما هي مبيَّنة بالبند.** ..........من عقد المقاولة آنف الذكر، الا أنَّ الطرف الثاني قد إعترض على توقيع غرامة التأخير عليه مُبرراً ذلك بأنَّ هناك تأخيراً قد تمَّ من قبل الطرف الأول في إعتماد بعض العينات مثل بند الألمونيوم والزجاج والهادندريل، فضلاً عن فروق الأسعار في بعض البنود،

بالإضافة لنقاط آخرى سيرد تفصيلها بمتن هذا العقد.

**ونظراً لرغبة الطرفين في إيجاد حل مرضي وعادل، فقد إلتقت إرادتيهما على تشكيل هيئة ثلاثية للتحكيم في النزاع القائم بينهما، وذلك وفق الأسس والضوابط التالية:**

**( البند الأول )**

يُعتبر التمهيد السابق جزءً لا يتجزأ من هذا العقد، ومكملاً له في كافة شروطه وبنوده.

**( البند الثاني )**

إتفق الطرفان، على أنَّ يُعين كل منهما مُحكم واحد من طرفه، على أن يقوم المُحكمان المُعينان بإختيار مُحكم ثالث ليكون رئيس لهيئة التحكيم ومُحكم مُرجح.

وتنفيذاً لهذا الإتفاق فقد إختار الطرف الأول السيد/..................... ليكون حكماً مُعيناً من طرفه، كما إختار الطرف الثاني السيد/.................. ليكون حكماً من طرفه.

على أن يقوم المُحكمان المُختاران بالإتفاق على المُحكم المرجح خلال مدة أقصاها أسبوع من تاريخ التوقيع على هذا العقد.

**(البند الثالث)**

إتفق الطرفان على أنَّ المهمة التحكيمية الموكلة لهيئة التحكيم تنحصر في بحث و دراسة عقد المقاولة وملحقاته وكراستي المواصفات العامة والخاصة والخرائط والرسومات المرفقة وجميع المراسلات المتعلقة بتنفيذ المشروع ( بناء عمارة سكنية مؤلفة من ستة أدوار بمنطقة........... )، وأي وقائع أو موضوعات متعلقة بتنفيذ المشروع المذكور، وذلك للفصل في المسائل التالية:

* التحقق من مواعيد تقديم الطرف الثاني للعينات لإعتمادها من الطرف الأول بالنسبة لـــعينات السيراميك والأمونيوم والزجاج والهاندريل، ومدى التأخير الحاصل ــ إن وجد ــ، ومسئولية كل طرف من الطرفين فيها.

* الفصل في موضوع أوامر التغيير ( Variation Orders ) ــ إن وجدت ــ والتي يدعي بها الطرف الثاني (المقاول)

* الفصل في موضوع المبالغ ــ إن وجدت ــ التي سددها الطرف الأول بالزيادة عن مُستحقات الطرف الثاني الناشئة بموجب عقد المقاولة آنف الذكر .

* إحتساب غرامة التأخير ــ إن وجدت ــ حسبما يقضى بها عقد المقاولة، بالنسبة لمدد التأخير التي تمَّت في المشروع إبتداءً من تاريخ التسليم المتفق عليه بالعقد وحتى تاريخ التسليم الإبتدائي للمشروع.

**( البند الرابع )**

فوض الطرفان هيئة التحكيم فى تحديد وإتخاذ الإجراءات التى يرونها مناسبة لإجراء التحكيم و يلتزم الطرفان بالخضوع لهذه الإجراءات والمواعيد التى تراها هيئة التحكيم.

**( البند الخامس )**

يحق لأيٍّ من طرفي التحكيم المثول أمام هيئة التحكيم إما بشخصه أو بواسطة من ينوب عنه، ويحق لكل طرف تقديم ما عنى له من مستندات مؤيدة لإدعائه أو مذكرات شارحة، على أن تُقدم المستندات والمذكرات من أربعة نسخ.

**( البند السادس )**

إتفق الطرفان على توقيع محضر تسليم إبتدائي للمشروع، بموجبه يقوم الطرف الأول بإستلام المشروع و بإستكمال النواقص مع مقاولي الباطن الذين سبق للمقاول التعاقد معهم أو أي مقاولين آخرين يُحددهم المالك، على أن يقوم الطرف الأول بالسداد مما تبقى من حقوق مقاولى الباطن الموجودة بطرفه، والبالغ مقدارها حتى تاريخه =/.......... دينار "فقط.

................ دينار لا غير."

**(البند السابع )**

إتفق الطرفان على أن تقوم هيئة التحكيم بتحديد مواعيد الإجتماعات وتكليف الأطراف بالحضور، على أن يكون ذلك قبل ثلاثة أيام على الأقل من موعد الإجتماع المُقرر، ويتم الإخطار إما بالفاكس أو بتسليم الإخطار ليد الأطراف مباشرة، أيهما أيسر لأعضاء الهيئة. يتوجب على هيئة التحيكم بأن تُحدد آخر موعد للأطراف لكي يتقدموا بما عنى لهم من مستندات ومذكرات، بحيث لا تقبل بعد هذا التاريخ أي مستندات أو إفادات أو مذكرات.

**( البند الثامن )**

حدد الطرفان مدة و قدرها شهر ونصف فقط (خمسة وأربعون يوماً) لهيئة التحكيم لإصدار حكمها، ويجوز باتفاق الطرفين مد هذه المهلة لفترة يتفق عليها إذا تطلب فحص المستندات أجلاً أطول وبشرط موافقة الطرفين على ذلك التمديد كتابة، وفي جميع الأحوال يجب الا تزيد المدة المُمددة عن (٣٠) يوم.

**(البند التاسع )**

إتفق الطرفان على أنَّ الحكم الصادر من هيئة التحكيم هو حكم ملزم للطرفين، ويُعتبر حكماً نهائياً، ولا يجوز الطعن فيه بأي وجه من وجوه الطعن.

**( البند العاشر )**

يجب أن يكون حُكم المحكمين مُسبباً، وأن يشتمل على تحديد الحقوق والالتزامات لكل طرف، وأن يُبيِّن أوجه التقصير ــ إن وجدت ــ سواء من جانب الطرف الأول أو الطرف الثاني، وأن يكون الحكم حاسماً فى المسائل التي وردت تفصيلاً بالبند الثالث من هذه الوثيقة.

**( البند الحادي عشر )**

يتم إصدار حكم هيئة التحكيم من عدد ستة نُسخ أصلية، بيد كل عضو من أعضاء هيئة التحكيم نسخة أصلية منه، ونسخة ليد كل طرف من أطراف التحكيم، على أن يقوم رئيس هيئة التحكيم (الحكم المرجح) بإيداع أصل حكم التحكيم بعد صدوره لقلم كتاب المحكمة..........، خلال خمسة عشر يوم التالية لتاريخ صدور الحكم، وذلك تطبيقاً لحكم المادة (.........) من قانون الإجراءات المدنية.

**( البند الثاني عشر )**

تعتبر أحكام القانون رقم (........) لسنة..........م، بشأن التحكيم هى الأساس الذى يستند إليه المحكمون ولا يجوز لهم الالتجاء إلى أية أحكام أخرى أو قواعد تحكيم فى أية مؤسسة أو مركز محلى أو دولى للتحكيم.

**( البند الثالث عشر )**

أتفق الطرفان على أن يتحمل كل طرف أتعاب المُحكم المُعين من طرفه، على أن يتحمل الطرفان (المالك والمقاول) أتعاب المُحكم المُرجح مناصفة بينهما.

وتطبيقاً لذلك فقد حُددت أتعاب المحكم المرجح الإجمالية بمبلغ وقدره =/............ دينار، إلتزم كل طرف بسداد (٥٠%) من أتعاب المحكم المرجح، قبل مباشرة هيئة التحكيم لمأموريتها.

**( البند الرابع عشر )**

تمَّ تحرير مُشارطة التحكيم من ثلاثة نُسخ، بيد كل طرف نُسخة، والنسخة الثالثة تُسلَّم لهيئة التحكيم، وذلك للعمل بما تضمنته.

| | |
|---|---|
| توقيع الطرف الأول | توقيع الطرف الثاني |
| توقيع عضو هيئة التحكيم | توقيع عضو هيئة التحكيم |

# FINANCIAL INDUSTRY ARBITRATIONS FOR THE ISLAMIC INVESTMENT INSTITUTIONS "BETWEEN THE ISLAMIC JURISPRUDENCE AND THE MODEL LAW (UNCITRAL)"

**By**

**Sona Omar Abbadi**

**Supervisor**

**Dr. Abbas Ahmad ALbaz**

## Abstract

The Islamic financial industry is considered to be one of the economic system attributes which seeks to develop its product through standards, controls and mechanisms that reflect the distinguished privacy of the method employed in its transactions. However, funds industries have to reveal variations in ideas and methods when the financial relationship circle is widened and the investment means are varied. This constitutes a wide scope for the rise of conflict and dispute. Consequently, the role of arbitration has existed in order to settle the disputes, as a practical alternative to the state's judiciary. Arbitration aims to avoid away from complexity and recklessness which face investment disputes in courts.

Arbitration is organized through a law that clarifies its mechanisms starting from organizing contracts in which the parties involved authorizes an arbitrator to look into the dispute, followed by the procedures for managing arbitrage process, and ending up with a ruling that settles the dispute. These mechanisms organize and enforce the execution of a ruling in a right based manner, in line with the principles of fairness and justice.

This study has shown the legal and Shari regulation of arbitration process in financial industry and in accordance to the Islamic Shariat; and in comparison to the United Nations typical law (UNCITRAL) which is one of the international laws that

is received with wide acceptance by the States that adopted it as a foundation of arbitration process management.

Arbitration domain in practice shows a serious step to enter renewal and development entrance not only on the national financial disputes but also on the international financial disputes level. This will result in having the relationship among financial establishments at the international levels much closer then governmental relationships. Consequently, this will pave the way for no global economy.